

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve en droit du travail

Rosier, Karen; GILSON, Steve; DERMINE, Elise

Published in:

La preuve : questions spéciales

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rosier, K, GILSON, S & DERMINE, E 2008, La preuve en droit du travail. Dans *La preuve : questions spéciales*. Commission Université Palais, Numéro 99, Anthemis, Louvain-la-Neuve, p. 179-274.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

5

La preuve en droit du travail

Steve GILSON

*avocat,
maître de conférences à l'U.C.L.,
chargé de cours à l'I.C.H.E.C. et au C.P.F.B.*

Karen ROSIER

*avocate,
assistante aux F.U.N.D.P.,
chercheuse au Crid*

Elise DERMINE

avocate, assistante à l'U.C.L.

SOMMAIRE

Introduction	180
SECTION 1	
Objet de la preuve	181
SECTION 2	
Charge de la preuve	187
SECTION 3	
Administration de la preuve	212
SECTION 4	
Distinction entre recevabilité, force probante, valeur probante et licéité des preuves	215
SECTION 5	
Licéité de la preuve	217
SECTION 6	
Modes de preuve	244
Conclusions	273

Introduction

La preuve, condition sine qua non du droit

1. S'il est possible, en théorie, de considérer que l'existence d'un droit est un problème tout à fait distinct de sa preuve, un droit n'est rien en pratique sans la preuve de l'acte ou du fait dont il dérive¹. C'est, en effet, bien souvent l'impossibilité pour une partie de faire preuve des éléments qu'elle invoque qui va entraîner le rejet de son action. Ainsi, en cas de contestation, le défaut de preuve équivaut pratiquement à l'inexistence du droit².

Objet de la contribution³

2. La présente contribution, dans le cadre restreint qui lui est imparti, a pour objet de synthétiser les règles principales relatives à la preuve en se concentrant principalement sur les questions et problèmes spécifiques au droit du travail.

Il sera d'abord procédé à une analyse de l'objet de la preuve (section 1). Après quelques développements réservés à la distinction classique et inévitable entre le fait et le droit, nous nous pencherons sur la problématique des faits à prouver.

Ensuite, par le biais de l'étude de la charge de la preuve (section 2) et de l'administration de la preuve (section 3), nous répondrons à la question de savoir qui doit supporter et participer au processus de démonstration des faits devant le juge.

En distinguant les notions de recevabilité, force probante, valeur probante et licéité, la quatrième section jettera les balises nécessaires à la lecture des deux dernières parties.

Enfin, la licéité de la collecte de la preuve (section 5) et les différents modes de preuve (section 6) seront examinés afin de cerner comment les preuves doivent être récoltées et portées à la connaissance du juge et quelles sont leur force et valeur probante.

Dans chacune de ces parties, les principes théoriques seront tout d'abord rappelés pour être ensuite approfondis grâce à l'étude de leur application en droit du travail.

1. D. MOUGENOT, *Les obligations : la preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 62.
2. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, 1967, III, n° 708-A, p. 696.
3. La présente contribution reprend des extraits, actualisés et remaniés de : K. ROSIER et S. GILSON, « La preuve en droit du travail », *Ors.*, 2007, pp. 1-17.

Remarque préliminaire relative à la nature du régime de la preuve

3. On considère que le régime de la preuve en matière patrimoniale n'est pas d'ordre public⁴, autant en ce qui concerne les procédés de preuve que la charge de la preuve⁵.

Il n'y a pas de raison qu'il en soit autrement en droit social. La question n'y est toutefois guère abordée. Il faut dire qu'une clause dérogatoire risque de tomber sous le coup de l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 et plus généralement du caractère impératif du droit social. Par ailleurs, le droit social exige un écrit pour de nombreux actes, non pas pour une question de preuve mais pour une question de validité. Nous y reviendrons.

SECTION 1

Objet de la preuve

A. Distinction entre le fait et le droit

1. Principes

4. Il est de doctrine traditionnelle de considérer que le plaideur ne doit prouver que les faits auxquels la règle de droit invoquée attache ses effets juridiques, la règle elle-même ne devant pas être prouvée⁶. Lorsqu'on indique que le plaideur doit prouver les éléments de fait, cela vise à la fois les faits purement matériels, les faits juridiques mais également les actes juridiques⁷.

2. Applications en droit du travail

a) Conventions collectives de travail

5. Les conventions collectives de travail sont des sources de droit social⁸ de sorte qu'il n'appartiendrait en principe pas à la partie qui les invoque d'en prouver l'existence.

Toutefois, dans la pratique, il n'est pas toujours aisé de trouver la convention collective de travail en question lorsqu'elle n'a pas été rendue obligatoire par arrêté royal. Certaines conventions collectives de travail d'entreprise ne sont d'ailleurs parfois pas déposées au service des relations collectives du

4. Cass., 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1256.
5. P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, Syllabus U.L.B., P.U.B., Volume V, 4^e éd. 1999-2000, p. 25.
6. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 8.
7. D. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 84.
8. Loi du 5 décembre 1968 relative aux Conventions collectives de travail, article 51.

S.P.F. Emploi-Travail et concertation sociale^{9 10}. Le juge, lui-même, ne pourrait donc se les procurer, de sorte qu'il semble nécessaire que les parties produisent la source de droit qu'elles prétendent applicable à l'espèce.

b) Règlement de travail

6. De même, le règlement de travail est une source de droit au sens de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 mais doit, bien évidemment, être produit par les parties puisqu'il est propre à l'entreprise.

c) Usage

7. Il existe en droit civil une discussion sur la preuve des usages. On considère que les usages conventionnels dont il est question aux articles 1135 et 1160 du Code civil sont apparentés à des éléments de fait et doivent être, au contraire des usages de droit, prouvés par les parties qui les invoquent¹¹.

8. Ces notions ne sont pas transposables en droit du travail où l'usage est bien souvent propre à une entreprise. En droit social, l'usage, qui est certes une source particulière de droit prévue par l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968, doit néanmoins incontestablement être considéré comme un élément de fait dont les caractéristiques – constance, fixité et généralité – doivent être prouvées par celui qui l'invoque¹².

3. Incidence de la conception factuelle de la cause et de l'objet

a) Conception factuelle de la cause

9. Par un important arrêt du 14 avril 2005¹³, la Cour de cassation a consacré la conception factuelle de la cause suivant laquelle il appartient au juge de donner aux faits invoqués la qualification juridique la plus adéquate¹⁴.

9. Voyez J.F. GÉRARD, « Les effets de l'absence de dépôt d'une convention collective de travail et la place de droit commun des obligations », *J.T.T.*, 1990, pp. 169 à 175.

10. Il n'en demeure pas moins que les parties qui l'ont conclue sont liées par cette convention (Cass., 30 mai 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 352, note C. WANTIEZ).

11. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 6.

12. Voyez not. à ce sujet : Cass., 20 avril 1977, *Arr. Cass.*, 1977, p. 862, *Pas.*, 1977, I, p. 854, *R.W.*, 1977-78, p. 1871, *J.T.T.*, 1977, p. 180.

13. Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. DE LEVAL, « Un arrêt fondamental et attendu », *J.T.*, 2005, p. 659, obs. J. VAN COMPERNOLLE, « La cause de la demande : une clarification décisive ».

14. Sur cet arrêt voyez not. : G. DE LEVAL, « Un arrêt fondamental et attendu », obs. sous Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La cause de la demande : une clarification décisive », obs. sous Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659 et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit » in *Actualités en droit judiciaire*, CUP, Larcier, 2005, vol. 83, pp. 187-197. Voyez également sur cette question la thèse de J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dictit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2004.

Avec cette nouvelle conception de la cause, les anciens adages reprennent toute leur signification : le juge, étant censé connaître le droit (*Iura novit curia*), le plaideur peut se contenter de lui faire part des éléments de faits auxquels le juge devra donner la qualification adéquate (*da mihi factum, dabo tibi ius*).

La Cour a confirmé cette conception dans différents arrêts, notamment des 24 mars et 12 octobre 2006¹⁵.

b) Conception factuelle de l'objet

10. La Cour de cassation semble avoir, par ailleurs, adopté une nouvelle conception de l'objet de la demande dans un arrêt du 23 octobre 2006¹⁶.

Dans cette espèce, le travailleur avait *in extremis* fondé son action sur l'infraction de non-paiement de rémunérations (cause de la demande) pour bénéficier de la prescription quinquennale prévue à l'article 26 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle (*action ex delicto*), le délai de prescription annal fixé à l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 étant déjà échu (*action ex contractu*). Cependant, il n'avait pas adapté le dispositif de ses conclusions : il y réclamait l'exécution d'obligations contractuelles et non la réparation du dommage subi par l'infraction invoquée, soit le non-paiement de la rémunération (objet de la demande).

Conformément à la jurisprudence quasiment constante de l'époque¹⁷, l'employeur considérait que l'action qui avait pour objet la condamnation du défendeur au paiement d'arriérés de rémunération devait être déclarée prescrite sur la base de l'article 15 de la loi sur le contrat de travail.

La Cour de cassation a, au contraire, affirmé que lorsque le non-paiement de la rémunération constitue une infraction, le travailleur peut intenter une action en réparation du dommage causé par cette infraction, la réparation du préjudice subi fût-elle le paiement de la rémunération due elle-même. En conséquence, même si le non-paiement de cette rémunération constitue également un manquement aux obligations résultant du contrat de travail et que la chose demandée consiste en l'exécution de ces obligations, cette action est

15. Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 680, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier » ; Cass., 12 octobre 2006, *R.G. n°C.040481.F*, inédit.

16. Cass., 23 octobre 2006, S.050010.F, *R.R.D.*, 2006, pp. 229-237, note R. CAPART, « La Cour de cassation consacre la conception factuelle de l'objet de la demande ».

17. Cass., 9 septembre 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 457 ; Cass., 2 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 477 ; Cass., 19 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 380, *J.T.T.*, 2000, p. 443 ; Cass., 13 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 580, *Chron. D.S.*, 1995, p. 280.

prescrite suivant les dispositions prévues par la loi contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale.

D'aucuns en déduisent que le juge devra désormais, dans le respect du principe contradictoire, appliquer d'office la prescription quinquennale applicable aux actions civiles qui résultent d'une infraction si cette qualification juridique des faits est la plus adéquate, sans être lié par la qualification juridique des faits proposée par le travailleur¹⁸.

Par ailleurs, il est toujours possible pour le travailleur de rectifier en cours de procédure la qualification juridique des faits en bénéficiant de l'effet interruptif de la prescription produit par sa demande originaire qu'il se borne à requalifier juridiquement¹⁹.

La Cour de cassation a confirmé cet enseignement dans un arrêt du 26 janvier 2007²⁰.

c) Conséquences probatoires de la qualification juridique des faits

11. La conception factuelle de l'objet de la cause et de l'objet, en permettant au juge de requalifier juridiquement les faits en fonction des éléments amenés par les parties, n'est pas sans implication sur la matière de la preuve. Ainsi, le fondement délictuel ou contractuel de l'action a une importance décisive sur les règles de la preuve applicables à la procédure.

On lira à cet égard avec intérêt l'arrêt de la cour du travail de Mons du 16 décembre 2003²¹ qui relève que :

- « Lorsque le demandeur donne à son action civile un fondement délictuel, le défendeur est placé dans la même situation qu'en matière répressive où le prévenu n'a aucune preuve à fournir et où il appartient à la partie publique ou à la partie civile d'établir l'inexactitude des allégations du prévenu si celles-ci ne sont pas dénuées de tout élément de nature à

18. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire en principe », in *Le droit judiciaire en effervescence* sous la direction de G. de LEVAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 2007. Voyez aussi et comp. : F. KEFER et J. CLESSE, « La prescription extinctive en droit du travail », in *La prescription et les délais*, éd. du Jeune Barreau de Liège, 2007, pp. 126 à 137.

19. Au titre de « demande virtuellement comprise dans l'acte introductif d'instance » (R. CAPART, « La Cour de cassation consacre la conception factuelle de l'objet de la demande », note sous Cass., 23 octobre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 233. Voyez également à ce sujet : C. trav. Liège, 9 novembre 2006, *J.T.T.*, 2007, liv. 978, p. 234).

20. Cass., 22 janvier 2007, *R.G.* n° S.04.0165.N., inédit ; voyez également : C. trav. Liège, 9 novembre 2006, *J.T.T.*, 2007, liv. 978, p. 234.

21. C. trav. Mons (3^e ch.), 16 décembre 2003, *J.T.T.*, 2004, liv. 891, p. 302.

leur donner crédit (voyez note 2 signée E.L. sous Cass., 10 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 496). Comme le relève dès lors la cour du travail de Liège, la charge de la preuve exigée du demandeur ayant opté pour l'article 26 susvisé est donc beaucoup plus exigeante que celle reposant sur l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 puisque dans ce cas, il lui suffit d'introduire son action dans le délai y visé »²².

- « Apparaissent inapplicables en matière civile, s'agissant d'une action *ex delicto*, comme ils sont inapplicables en matière répressive, l'article 870 du Code judiciaire aux termes duquel chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue et l'article 1315 du Code civil, selon lequel, notamment, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait extinctif de l'obligation, disposition dont l'article 870 n'est que la généralisation (Cass., 10 décembre 1981 précité) ».

Outre l'incidence sur la charge de la preuve, la cour du travail de Mons relève que le fondement de l'action a également des implications sur les modes de preuves applicables :

« Les règles de la preuve en matière civile ne sont, en principe, pas applicables en matière répressive (Cass., 23 avril 1982, *Pas.*, 1982, I, 958). Selon l'enseignement répété de la Cour de cassation, en matière répressive, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge apprécie en fait et dès lors souverainement la valeur probante des éléments de la cause que les parties ont librement contredits, pour autant qu'ils ne violent pas la foi due aux actes qui lui sont soumis (Cass., 15 septembre 1981, 5 janvier et 22 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, 78, 565 et 1234) ».

L. Simont soulève, cependant, que « lorsque la défense d'un prévenu contre l'action civile exercée contre lui devant le juge répressif est sans relation avec la preuve de l'infraction mise à sa charge, ce sont les règles relatives à la charge de la preuve en matière civile qui sont d'application et l'existence comme l'étendue du dommage doivent être établis conformément aux règles de la preuve du droit civil »²³. Ainsi, pour établir l'infraction de droit pénal social, il faudrait se baser sur les règles probatoires du droit pénal alors que pour établir le dommage – qui pourra désormais être l'exécution en nature d'une obligation contractuelle comme le paiement de la rémunération –, les règles civilistes prévaudront.

22. C. trav. Liège, sect. Namur, 10 octobre 2006, *R.G.* n° 32079/2004, inédit.

23. L. SIMONT, « La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 25.

B. Faits à prouver

1. Seuls les faits contestés doivent être prouvés

12. Le plaideur est potentiellement susceptible de devoir tout prouver. Fort heureusement, il n'en va pas ainsi en pratique. L'administration de la preuve n'est requise que dans la mesure où le droit invoqué est contesté²⁴. Seuls les faits contestés doivent être prouvés²⁵, cette contestation pouvant résulter d'une simple dénégation de la partie adverse. Il nous semble cependant que la contestation doit être à tout le moins précise et circonstanciée : elle ne peut consister en une contestation générale prenant la forme d'une formule de style dans les conclusions.

2. Sort probatoire du fait non contesté

13. Le fait qu'une partie n'apporte pas de contestation précise dans le cadre de conclusions sur des faits invoqués par la partie adverse est-il susceptible d'être pris en compte par le juge dans l'évaluation de la preuve ? Il est admis que le silence d'une partie sur un fait ne peut pas être constitutif d'un aveu qui impliquerait la reconnaissance de l'allégation, sauf si une circonstance spéciale permet de retenir un aveu ou un acquiescement tacite²⁶. Toutefois, il peut en résulter « une présomption de l'homme dont le juge apprécie la force probante et qui ne s'impose nullement à lui »²⁷. Ainsi, le juge peut, sans violer les règles de la charge de la preuve, fonder sa conviction sur des allégations non contestées d'une partie²⁸, en retenant par exemple cette circonstance à titre de présomption dont il apprécie la valeur probante²⁹.

3. Sort probatoire du fait contesté

14. Les affirmations contestées ne peuvent, par contre, jamais servir de preuves³⁰ : alléguer n'est pas prouver. Ainsi, par exemple, lorsque l'employeur invoque une réorganisation, sans autre précision, il ne satisfait pas à ses obligations en matière de charge de la preuve du licenciement abusif des ouvriers³¹. De même, viole les règles de la preuve, l'arrêt qui conclurait à

24. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.* p. 2.

25. Cass., 10 mai 2001, *Pas.*, 2001, I, n° 270, p. 807.

26. Cass., 1^{er} mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 612 ; Cass., 2 décembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 323.

27. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 39.

28. Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265.

29. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 80.

30. Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 759 ; Cass., 15 octobre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 165.

31. Trib. trav. Charleroi, 12 mai 1986, *R.D.S.*, 1986, p. 503.

l'existence de griefs reprochés en se fondant sur des allégations de fait de l'employeur qui sont contestées par le travailleur³².

4. Pouvoirs du juge de vérifier la réalité des faits allégués en dehors de toute contestation

15. En principe, le juge ne peut, en l'absence de dénégation, vérifier la réalité des faits allégués devant lui³³. Il importe néanmoins de relever que dans les matières qui touchent à l'ordre public (et le droit social en comprend un certain nombre), le juge est susceptible de vérifier d'office les faits même non contestés. Le contentieux relatif à l'assujettissement ou au désassujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés en constitue une belle illustration.

SECTION 2 Charge de la preuve³⁴

A. Principe³⁵

1. Énoncé de la règle et applications en droit social

16. La règle de base relative à la charge de la preuve figure à l'article 1315 du Code civil : celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. L'article 870 du Code judiciaire renforce l'article 1315 du Code civil en lui donnant une portée plus générale, sans lui apporter aucune dérogation³⁶.

Certaines dispositions de droit social précisent ce principe. Ainsi, l'article 35, alinéa 8 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que la partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité du motif invoqué.

32. Cass., 14 novembre 1988, *J.T.T.*, 1989, p. 80.

33. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 19.

34. Sur la charge de la preuve, on lira avec intérêt M. CLAVIE, « La charge de la preuve : question choisie en matière contractuelle », *La preuve*, Formation permanente CUP, 2002, vol. 54 et L. SIMONT, *op. cit.*, 2005.

35. Notre exposé ne traitera pas des clauses contractuelles relatives à la charge de la preuve qui sont rares en droit social. On pourra se référer, à cet égard, à O. CAPRASSE et A. BENOIT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », in *Droit de la preuve*, Formation permanente CUP, vol. XIX, octobre 1997, pp. 111 et s. En droit social, il est vraisemblable qu'il faudra considérer qu'en vertu de l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978, toute clause qui viserait à alléger les obligations probatoires de l'employeur ou à alourdir celles du travailleur devrait être considérée comme nulle.

36. Cass., 18 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 42, p. 201 ; L. SIMONT, *op. cit.*, 2005, p. 27.

17. Toutefois, comme le relève la doctrine, « il est parfois malaisé de distinguer ce qui dans le chef du défendeur constitue l'allégation ou une exception (qu'il doit prouver) et ce qui n'est qu'une simple allégation, laquelle ne doit pas être prouvée par lui »³⁷. L'apparente simplicité du principe dissimule en effet une réelle complexité.

J. Kirkpatrick précise que « celui qui prétend faire valoir un droit subjectif en justice doit prouver que sont réunis les éléments générateurs de ce droit, c'est-à-dire les circonstances de faits nécessaires pour faire naître celui-ci et le rendre exigible »³⁸.

L. Simont relève néanmoins que « s'il est exact qu'il incombe, en principe, au demandeur de prouver les éléments générateurs de son droit, ce principe ne vaut pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par la loi »³⁹. L'exception peut être expresse : ainsi, par exemple, l'article 2268 du Code civil présume la bonne foi. Elle peut également être implicite : si on agit en exécution d'un contrat, on est dispensé de prouver que le contrat n'est pas nul pour vice de consentement ; c'est au défendeur, qui estimerait que le consentement était vicié qu'il appartient d'apporter cette preuve⁴⁰. La Cour de cassation a ainsi considéré, dans un arrêt du 27 février 2003⁴¹, qu'en vertu de l'article 1132 du Code civil, l'obligation « est présumée avoir une cause licite et cette présomption décharge le créancier de l'obligation d'apporter la preuve de la cause, de l'obligation et de son caractère licite. Qu'il incombe au débiteur, qui conteste l'existence ou la licéité de la cause, de l'obligation, d'apporter la preuve de ses allégations »⁴².

18. Quelques illustrations sont de nature à mieux faire comprendre le principe :

- Le travailleur qui prouve un contrat de travail peut réclamer la rémunération prévue. C'est à l'employeur, s'il se prétend libéré, d'apporter la preuve du paiement.
- Le travailleur qui réclame une indemnité compensatoire de préavis doit prouver le congé. Ainsi, si l'employeur, assigné pour payer une indem-

nité de rupture, soutient que celle-ci n'est pas due puisque le travailleur a donné sa démission, ce n'est pas à l'employeur d'apporter la preuve de la démission mais au travailleur d'établir le licenciement qui est l'élément générateur de son droit⁴³.

- L'employeur qui licencie pour motif grave un travailleur apte au travail pour cause d'absence injustifiée a la charge de la preuve du motif grave, à savoir l'absence injustifiée, alors qu'il appartient au travailleur d'apporter la preuve de son incapacité de travail pour avoir droit au salaire hebdomadaire garanti⁴⁴. En cas de divergence entre le médecin traitant et le médecin contrôleur, la preuve de l'incapacité de travail n'est pas rapportée⁴⁵.
- L'employeur qui souhaite mettre en cause la responsabilité civile de son travailleur doit, outre la preuve des éléments de la responsabilité civile, prouver le dol, la faute lourde ou la faute légère habituelle, et ce en vertu de l'immunité partielle de responsabilité civile prévue à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978.
- En matière de licenciement abusif des employés, la charge de la preuve de la non-exécution de bonne foi des obligations contractuelles ou de la faute extracontractuelle repose sur celui qui prétend en être la victime et donc, en l'espèce, l'employé qui doit prouver que l'employeur a commis un abus de droit en licenciant⁴⁶. Néanmoins, à partir du moment où l'employeur allègue, en réponse, un certain nombre d'éléments, c'est à lui d'en apporter la preuve⁴⁷.

2. Risque du défaut de preuve

19. Comme la doctrine le relève fréquemment, l'article 1315 du Code civil « règle moins l'ordre dans la charge de la preuve que celui de l'imputation du risque de preuve ou, plus précisément, du défaut de preuve »⁴⁸. Selon les termes de la Cour de cassation de France, « l'incertitude et le doute subsistant à la suite de production d'une preuve doivent nécessairement être

37. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 90.

38. J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum, Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 106.

39. L. SIMONT, *op. cit.*, 2005, p. 29.

40. Voyez à cet égard l'analyse de J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, 2002, p. 112.

41. Cass., 27 février 2003, *Arr. Cass.*, 2003, liv. 2, p. 503, *Pas.*, 2003, liv. 2, p. 417, *R.W.*, 2004-2005, liv. 25, p. 975.

42. Voyez sur cet arrêt L. SIMONT, *op. cit.*, 2005, pp. 29 et 30. On lira aussi avec intérêt sur ce sujet D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Charte, 2004.

43. Cass. fr. (ch. soc.), 19 avril 1989, *Gazette du Palais*, 17 octobre 1989, n°s 289 et 290, p. 18, note.

44. C. trav. Liège, 25 mars 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 351.

45. Cass., 5 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 470, *Chron. D.S.*, 1981, p. 63.

46. C. trav. Liège, 6 décembre 1978, *J.L.*, 1979, p. 329 ; C. trav. Liège, 20 octobre 1982, *R.D.S.*, 1982, p. 119 ; C. trav. Liège, 15 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1401 ; C. trav. Mons, 25 septembre 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 315 ; C. trav. Liège, 20 décembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001, p. 547.

47. C. trav. Liège, 20 octobre 1982, *R.D.S.*, 1985, p. 140.

48. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 43.

retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve »⁴⁹. Ainsi, en cas de congé pour motif grave, le doute quant à l'existence de la faute joue en faveur du travailleur⁵⁰.

20. Celui qui ne peut assumer la charge de la preuve qui repose sur lui, subit donc le défaut de preuve. Dans certains cas spécifiques, le fait de ne pas apporter la preuve du fait reproché est également sanctionné. Ainsi, accuser un travailleur sans pouvoir en apporter la preuve peut dans certains cas entraîner une condamnation au paiement de dommages et intérêts⁵¹. De même, si les preuves ont été écartées des débats parce qu'elles avaient été collectées au mépris de la vie privée, la partie qui a produit ces preuves irrecevables pourrait se voir condamnée au paiement de dommages et intérêts⁵².

3. *Mise en perspective : relecture du principe à l'aune de la théorie dite de la « meilleure aptitude à la preuve »*

21. Il serait intéressant, en matière sociale, de réexaminer la théorie dite de « la meilleure aptitude à la preuve » qui part du principe « qu'il est inéquitable d'imposer la charge de la preuve de manière automatique à une partie déterminée »⁵³. Ainsi, dans les hypothèses où les moyens de preuve seraient concentrés en une seule main, il serait, selon cette théorie, équitable de faire reposer la charge de la preuve sur la partie qui a la meilleure aptitude à pouvoir apporter celle-ci.

Cette théorie qui peut apparaître très subjective représente néanmoins une explication cohérente du fondement de l'article 1315 du Code civil, lequel, s'il impose au demandeur de prouver l'existence de son droit, ne lui impose par contre pas de prouver l'absence de cause de libération du défendeur, celui-ci étant censé s'être réservé une preuve de cette libération. Cette théorie de « la meilleure aptitude à la preuve » peut également trouver un écho dans les pouvoirs quasi inquisitoires du juge au niveau du rapport de la preuve⁵⁴.

Par ailleurs, elle présente un intérêt particulier en droit social où, dans un certain nombre de cas, l'employeur bénéficie de moyens de preuve dont le

travailleur ne dispose pas ou plus. On pense, par exemple, à la situation du travailleur qui doit apporter la preuve des heures supplémentaires : soit il a conservé par devers lui des documents ou des copies de documents, ce qu'on lui reproche parfois, soit il les a laissés chez l'employeur et du jour où il est licencié, il n'y a plus accès. On relève encore le sort du représentant de commerce qui, après son licenciement, réclame des commissions sur des commandes apportées pour lesquelles il ne dispose pas ou plus des documents utiles. Ces illustrations laissent apparaître le caractère inéquitable de ce qu'une appréciation trop mécanique de la charge de la preuve pourrait emporter.

22. Sans entrer dans l'analyse approfondie qu'a menée D. Mougenot ni relever les risques impliqués par cette théorie – qui doit sans doute conserver un caractère subsidiaire (il nous semble que c'est à juste titre que cet auteur estime que « la doctrine de la meilleure aptitude à la preuve verse dans une confusion entre charge de la preuve et administration de la preuve » –, il serait opportun de la mettre en rapport avec une conception moderne de la contribution à l'administration de la preuve.

Ainsi, si la charge de la preuve doit finalement demeurer au travailleur, il y aurait lieu que le tribunal puisse tenir compte des difficultés probatoires concrètes pour faire participer activement l'employeur à l'administration de la preuve et, à défaut pour lui de s'y conformer, d'en tirer les conséquences qui s'imposent. De la sorte, par une extension du devoir de collaboration des parties à l'administration de la preuve, la théorie de la meilleure aptitude à la preuve pourrait recevoir une consécration partielle fort utile en droit social et en parfaite cohérence avec ses finalités.

4. *Première illustration : la nature juridique de la relation de travail*

23. La preuve de la nature de la relation de travail mérite une attention toute particulière. Il convient de distinguer deux hypothèses :

- *Le contrat conclu a été qualifié de contrat d'entreprise et sa qualification est contestée (a)*
- *Le contrat conclu a été qualifié de contrat de travail et sa qualification est contestée (b)*

Notons que la loi du 3 juillet 1978 instaure de nombreuses présomptions de contrat de travail, lesquelles ont une influence importante sur les règles classiques de la charge de la preuve et seront abordées *infra*⁵⁵.

55. Voy. *infra* : B. Exceptions, 3. Présomptions légales, b) Illustrations : les présomptions de contrat de travail.

49. Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. civ.*, 1962, IV, n° 105. Voyez aussi : Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 467, p. 1164 ; L. SIMONT, *op. cit.*, 2005, p. 23.

50. C. trav. Bruxelles, 16 mars 1989, *R.D.S.*, 1989, p. 238.

51. Trib. trav. Bruxelles, 14 septembre 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 257.

52. Voyez *infra*, section 5.

53. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 124.

54. Voy. *infra*, section 3, B.

- a) Le contrat conclu a été qualifié de contrat d'entreprise et sa qualification est contestée

24. Par application de l'article 1315 du Code civil et de l'article 870 du Code judiciaire, il appartient à la partie qui invoque le contrat de travail d'apporter la preuve de l'existence de celui-ci, et donc des conditions d'existence de celui-ci.

Dans le cadre du contentieux de la requalification d'office (hypothèse des « faux indépendants »), l'O.N.S.S. a, par application de ces principes, la charge de la preuve du contrat de travail sur la base duquel il a opéré la requalification.

25. Différentes tendances quant au pouvoir du juge face à la qualification des parties, ont émergé en jurisprudence. Elles posent la question de la place de l'autonomie de la volonté des parties (articles 1134 et 1170 du Code civil) quant à la qualification du contrat dans un contexte où cette qualification va avoir des conséquences pour des tiers, tel l'O.N.S.S., chargé d'appliquer des dispositions d'ordre public.

Ces dernières années, la Cour de cassation semble avoir adopté une démarche plus restrictive puisqu'elle souligne que « lorsque les parties ont qualifié leurs conventions, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification qui avait été donnée par les parties »⁵⁶. Les conséquences de cette dernière tendance dans la jurisprudence de la Cour de cassation ont été discutées.

Certains ont cru que la jurisprudence de la Cour conduisait à faire de l'autonomie de la volonté non plus un élément important mais un élément décisif dans la qualification de la relation de travail. À notre sens, cette jurisprudence ne bouleverse en aucun cas les principes directeurs appliqués de longue date et confirme le fait que le juge conserve la possibilité de requalifier la convention lorsque « les éléments soumis à son appréciation sont incompatibles avec la dénomination de celles-ci »⁵⁷.

56. Cass., 8 décembre 2003, *J.T.T.* 2004, p. 122 ; Cass., 28 avril 2003, *J.T.T.* 2003, p. 271 ; Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.* 2003, p. 261. Sur cette jurisprudence, voyez not. : M. DUMONT, « Conséquences de la perte d'indices révélateurs de la subordination juridique » in M. DUMONT (dir.), *Actualités de la sécurité sociale. Évolution législative et jurisprudentielle*, CUP, Larcier, 2004, pp. 962 et s.

57. Voyez en ce sens : H. MORMONT, « Les pharmaciens d'officine et la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de preuve du lien de subordination », *Chron. D.S.*, 2005, p. 67.

Un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 2006⁵⁸ semble confirmer ce point de vue. En l'espèce, la Cour se prononçait sur un pourvoi dirigé contre un arrêt par lequel la cour du travail de Bruxelles avait requalifié la relation en contrat de travail. La Cour de cassation a rejeté le moyen pris de la méconnaissance de la force obligatoire des conventions en rappelant sa jurisprudence antérieure, à savoir que « lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut y substituer une qualification différente ».

Par contre, il semble que la Cour manifeste, à travers sa jurisprudence récente, la volonté de donner un coup de barre en faveur d'une appréciation stricte des éléments qui viendraient contredire la qualification des parties. Pour certains, « il ne s'agit finalement que de l'application des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire avec une approche peut-être plus sévère de la preuve rapportée »⁵⁹. Comme le relève Jacques Clesse⁶⁰, « la preuve attendue du demandeur pour obtenir la requalification de la relation de travail est appréciée de manière plus sévère que par le passé. Le rejet de la qualification contractuelle est subordonné à la constatation de la présence d'éléments excluant la qualification choisie par les parties ».

Pour d'autres, il s'agit plus fondamentalement de la mort de la méthode indiciaire⁶¹. Ainsi, dans un intéressant arrêt du 21 avril 2004, la cour du travail de Liège⁶² relève que ces arrêts de la Cour de cassation « impliquent que la démarche usuelle qui consistait à rechercher des indices de subordination, pour, sur base de ceux-ci, qualifier la relation entre les parties de contrat de travail soit remplacée par la démarche inverse qui consiste à examiner si les différents éléments du vécu contractuel sont compatibles avec la qualification donnée par les parties à leur relation ».

26. Par l'adoption des articles 331 à 333 de la loi-programme du 27 décembre 2006, le législateur a établi un cadre normatif destiné à guider le juge dans son appréciation de la qualification ainsi qu'à délimiter son pouvoir de requalification.

L'article 331 commence par un rappel du principe de l'autonomie de la volonté : « sans pouvoir contrevenir à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois

58. Cass., 22 mai 2006, *Chron. D.S.*, 2007, liv. 3, p. 164.

59. J. CLESSE, « La notion générale de lien de subordination », in *Le lien de subordination*, Actes du colloque organisé le 19 mars 2004 par l'Ordre des avocats du barreau de Tournai et le Jeune barreau de Tournai, Kluwer, 2004, pp. 30 et 31.

60. J. CLESSE, « La qualification juridique de la relation de travail », in *Questions de droit social*, CUP, Anthemis, 2006, p. 232.

61. M. DUMONT, *op. cit.*, p. 963.

62. C. trav. Liège, 21 avril 2004, R.G. n° 30.982/02, inédit.

impératives, les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail, dont l'exécution effective doit être en concordance avec la nature de la relation ». Il est immédiatement suivi d'une précision : « la priorité est à donner à la qualification qui se révèle de l'exercice effectif si celle-ci exclut la qualification juridique choisie par les parties ». Comme le relève J. Clesse, « contrairement à ce qui pourrait apparaître d'une lecture trop rapide de la norme, celle-ci assure la prédominance de la qualification contractuelle : elle sera préférée à une autre qualification sauf si elle est exclue par l'exécution effective, en d'autres termes, par les faits de la relation de travail »⁶³.

L'article 332 dispose que « si l'exécution de la relation de travail laisse apparaître la réunion de suffisamment d'éléments, appréciés conformément aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, incompatibles avec la qualification donnée par les parties à la relation de travail, il y aura requalification de la relation de travail et application du régime de sécurité sociale correspondant (...) ». Les termes de cette disposition indiquent clairement que le législateur a désiré s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation postérieure à 2002⁶⁴.

Ainsi, la preuve à fournir par le demandeur pour obtenir la requalification du contrat de travail est appréciée sévèrement. Pour que le juge procède à la requalification, il appartiendra au demandeur d'apporter la preuve de la présence d'éléments inconciliables avec la qualification choisie par les parties.

Même si la loi n'apporte pas de réponse explicite⁶⁵, il faut croire et espérer que la nouvelle loi sur les relations de travail étend son champ d'application tant à la détermination du régime de sécurité sociale qu'à l'application des règles du droit du travail. La preuve pourra ainsi éventuellement être facilitée par une décision de la section administrative de la Commission de règlement des relations de travail, solution qui lierait les parties⁶⁶.

b) Le contrat conclu a été qualifié de contrat de travail et sa qualification est contestée

27. La partie qui invoque l'existence d'un contrat de travail doit en apporter la preuve par application de la règle générale *actori incumbit probatio*. Le juge

63. J. CLESSE, « Vers une nouvelle appréciation de la nature juridique de la relation de travail », in *La nouvelle loi sur les relations de travail, premier état et perspectives*, Anthemis, 2007, p. 36.

64. J. CLESSE, *op. cit.*, 2007, pp. 38 et s.

65. J. CLESSE, *op. cit.*, 2006, p. 244.

66. J. CLESSE, *op. cit.*, 2006, p. 255. Sur cette loi voyez *La nouvelle loi sur les relations de travail, premier état et perspective*, Anthemis, 2007.

ne peut cependant pas exiger que le demandeur prouve que la situation serait incompatible avec tout autre contrat⁶⁷. Sur la base de cette même règle, si l'autre partie estime qu'il ne s'agit pas d'un contrat de travail, mais d'un contrat d'entreprise, il lui appartient alors de démontrer qu'elle voulait conclure un contrat d'entreprise et que les conditions d'existence de ce contrat sont bien présentes⁶⁸. La cour du travail de Bruxelles a ainsi jugé que « si les parties ont qualifié leur contrat de contrat de travail, la partie qui conteste cette qualification doit apporter la preuve qu'il s'agissait d'un contrat d'entreprise »⁶⁹.

28. En matière de désassujettissement d'office (hypothèse du « faux salariat »), la situation est plus délicate. En effet, lorsque l'O.N.S.S., qui est chargé de la perception des cotisations, considère qu'un travailleur n'est pas assujéti à ladite loi, le travailleur dispose d'une action contre lui afin de trancher la contestation⁷⁰. Il est désormais admis, en effet, qu'un travailleur a qualité et intérêt pour agir contre l'O.N.S.S. devant les tribunaux du travail afin que cet organisme administratif lui reconnaisse son état de salarié et, par tant, son droit subjectif à la sécurité sociale des travailleurs salariés⁷¹, l'action pouvant s'introduire par requête en vertu de l'article 704 du Code judiciaire⁷². C'est donc le travailleur qui agit judiciairement à l'encontre de l'O.N.S.S. pour obtenir la reconnaissance de son statut de travailleur salarié, mais, à notre sens, c'est l'O.N.S.S. – qui a décidé du désassujettissement par un acte administratif – qui doit apporter la preuve de l'absence de contrat de travail⁷³. Dans cette hypothèse, l'O.N.S.S. doit, nous semble-t-il, apporter la

67. Voy. not. : Cass., 19 avril 1982, *R.W.* 1982-1983, p. 2836 ; Cass., 1^{er} septembre 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 57 ; Cass., 17 septembre 1990, *Chron. D.S.*, 1991, p. 151.

68. C. BOSSE, « Bewijslastverdeling in het belgische arbeidsrecht », *R.W.*, 2000-2001, n° 16, pp. 611-612.

69. C. trav. Bruxelles, 26 octobre 1990, *Rechtspr. Arb. Br.*, 1991, p. 33.

70. Cass., 5 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 124, p. 238, *J.T.* 1991, p. 175, *J.T.T.*, 1991, p. 137, *R.D.S.*, 1990, p. 447, *R.R.D.*, 1991, p. 71 ; C. trav. Liège, 17 septembre 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 179 ; C. trav. Mons, 22 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 661, *R.R.D.*, 1990, p. 107 ; trib. trav. Charleroi, 27 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1268 ; trib. trav. Charleroi, 15 octobre 1987, *R.D.S.*, 1988, p. 152, note TRINE, *R.R.D.*, 1988, p. 78.

71. Cass., 5 novembre 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 337.

72. La cour du travail de Liège a admis récemment (C. trav. Liège, 14 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003/6, p. 262 (sommaire)) qu'une telle demande contestant la décision prise par l'O.N.S.S. d'annuler les rémunérations déclarées en faveur d'un travailleur pouvait être introduite par requête, s'inscrivant en effet dans le champ d'application de l'article 580, 2° du Code judiciaire. En ce sens : D. HAUTIER « Qualification des actes de l'O.N.S.S. » in *Le lien de subordination*, actes du colloque organisé le 19 mars 2004 à Tournai, Kluwer, 2004, p. 133 citant : C. trav. Mons (6^e ch.), 20 septembre 1996, *R.G.* n° 12121, inédit.

73. C. trav. Anvers (sect. Anvers, 4^e ch.), 16 décembre 2004, *R.G.* n° 2003-0685, inédit ; C. trav. Mons, 7 février 2003, *R.G.* 16.390, inédit in *www.cass.be*.

preuve que la qualification conventionnelle est exclue par l'exécution effective, soit, en d'autres termes par les faits de la relation de travail ou par les clauses conventionnelles.

5. Deuxième illustration : le paiement de la rémunération

29. C'est à l'employeur d'apporter la preuve du paiement de la rémunération et donc de sa libération. Le paiement de la rémunération n'est pas prouvé par les déclarations à l'O.N.S.S., ni par des documents fiscaux ou sociaux établis par le secrétariat social de l'employeur⁷⁴. Si le versement du précompte professionnel et des cotisations sociales à l'administration compétente peut être considéré comme un indice du paiement de la rémunération, il ne s'agit néanmoins pas d'une preuve⁷⁵. Le paiement du net ne peut résulter que de la production soit de la quittance prévue à l'article 5, § 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération (si le paiement est fait de la main à la main), soit de l'extrait de compte (si le paiement est fait par virement). Toutefois, la jurisprudence estime, en général, que l'obligation de soumettre la quittance ne crée pas une présomption irréfragable de non-paiement lorsque la quittance n'a pas été établie, ni signée⁷⁶ et qu'il est dès lors possible à l'employeur de fournir la preuve du paiement comptant de la rémunération par toutes voies de droit, conformément à l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978⁷⁷. Il a, néanmoins, été jugé que le serment judiciaire ne pouvait pas être déféré à cet égard⁷⁸.

B. Exceptions

30. L'article 1315 du Code civil ne constitue que le droit commun de l'attribution des risques du défaut de preuve. Il peut y être dérogé par une disposition légale spécifique⁷⁹ prévoyant soit un renversement, soit un partage de la charge de la preuve, soit encore une présomption légale.

74. C. trav. Liège, 10 juin 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 262.

75. C. trav. Liège, 30 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 609.

76. Corr. Liège, 2 juin 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 411 ; Corr. Liège, 31 mars 2000, *Chron. D.S.*, 2003, p. 468.

77. Liège, 30 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 609 ; C. trav. Anvers, 26 avril 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 593 ; C. trav. Anvers, 2 juin 2000, *Limburg rechtsleer*, 2001, p. 257 ; C. trav. Mons, 16 juin 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 318 ; trib. trav. Anvers, 10 juin 1998, *Chron. D.S.*, 1998, p. 514.

78. C. trav. Liège, 21 avril 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 147.

79. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 99.

1. Renversement de la charge de la preuve

a) Raison d'être et portée

31. Le droit social connaît de nombreuses hypothèses où, souvent pour assurer la protection de la partie la plus faible au contrat ou encore pour assurer le bon fonctionnement de la sécurité sociale, un renversement de la charge de la preuve est instauré⁸⁰.

b) Le renversement de la charge de la preuve induit-il une *probatio diabolica* ?

32. Suite à un renversement de la charge de la preuve, il arrive souvent qu'une partie se voie contrainte d'apporter la preuve d'un fait négatif. Ainsi, dans les hypothèses de protection contre le licenciement, l'employeur doit fréquemment démontrer que le travailleur n'a pas été licencié du fait des circonstances ou de l'exercice du droit pour lesquels il est protégé. La difficulté de cette preuve fait parfois s'élever certaines voix à l'encontre d'un système qui serait inique en exigeant une preuve impossible.

Or, on sait depuis bien longtemps que l'idée selon laquelle la preuve d'un fait négatif serait impossible (adage *negativa non sunt probanda*) est erronée⁸¹. Dans nombre de cas, la preuve d'un fait négatif résultera, en fait, de la preuve du fait positif contraire⁸². Dans cette hypothèse, la doctrine reconnaît que « si la partie qui doit prouver un fait négatif parvient à établir la vraisemblance de ce fait, une simple affirmation ne suffisant pas, c'est alors l'autre partie qui doit détruire cette vraisemblance par la preuve du fait positif contraire »⁸³. Ainsi, le juge du fond aurait le droit de considérer comme suffisante « une preuve résultant d'une vraisemblance, une preuve absolue et rigoureuse étant impossible à rapporter en l'espèce, sauf à l'autre partie à renverser cette vraisemblance »⁸⁴. Il est toutefois considéré que « si le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut en revanche dispenser cette preuve à la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire »⁸⁵. La jurisprudence se contentera dès lors souvent de la preuve certaine d'un motif de licenciement étranger à la raison de la protection.

80. Pour une énumération de ces hypothèses, voyez : H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken – Arbeidsrecht*, Gand, Mys & Breesch, 1999, pp. 50-51.

81. Sur la preuve des faits négatifs, on lira avec attention D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997 pp. 133 et s.

82. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 37.

83. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 37.

84. Cass., 24 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 123.

85. Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 712, *J.T.*, 1958, p. 400, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42, note J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil de la preuve des faits négatifs ».

c) Première illustration : le licenciement abusif de l'ouvrier

33. L'article 63, alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1978 constitue une excellente illustration d'un renversement de la charge de la preuve. En cas de contestation du motif de licenciement par l'ouvrier, la charge de la preuve des motifs invoqués incombe à l'employeur.

Dès lors, en cas d'incertitude sur la réalité des faits invoqués pour justifier le congé, le licenciement sera considéré comme étant abusif⁸⁶. La règle probatoire contenue dans l'article 63 vise ainsi essentiellement à faire bénéficier l'ouvrier du doute qui planerait autour du motif exact de son congé⁸⁷.

34. Nous relèverons deux controverses relatives à l'exigence probatoire pesant sur l'employeur :

1° Controverse traditionnelle : « fait négatif » v. « fait positif »

35. Selon certains auteurs, l'employeur est tenu d'apporter la preuve qu'il n'a commis aucun abus dans l'exercice de son droit de licencier⁸⁸. Il a ainsi été soutenu que « pour que l'article 63 ait une véritable efficacité et que le renversement de la charge de la preuve voulue par le législateur ait un sens, il faut en réalité que les tribunaux du travail demandent à l'employeur de produire un ensemble d'éléments de preuves de nature à apporter la conviction de ce qu'il n'a pas abusé de son droit de licencier »⁸⁹.

D'autres auteurs précisent au contraire qu'il faut mais qu'il suffit que l'employeur apporte la preuve d'une cause de licenciement valable. Selon eux, l'article 63 implique seulement que l'employeur doit prouver qu'il a licencié son ouvrier pour une des causes élisives d'abus⁹⁰. Aller au-delà reviendrait à obliger l'employeur à faire la preuve d'un fait négatif⁹¹.

86. Cass., 18 juin 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 406.

87. M. JOURDAN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier : évolution récente », *Ors.*, 1992, pp. 61 ; Cass., 18 juin 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 456.

88. J.-C. BODSON, I. BRANDON, M. JOURDAN, M. TOLEDO et D. VAN LIERDE, « Le licenciement abusif de l'ouvrier : l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, un clair-obscur », *Chron. D.S.*, 1989, p. 89.

89. J.-C. BODSON, I. BRANDON, M. JOURDAN, M. TOLEDO et D. VAN LIERDE, *op. cit.*, p. 89.

90. C. trav. Liège, 19 décembre 1984, *R.D.S.*, 1985, p. 466 : « L'employeur ne doit pas établir l'absence de faute dans son chef (...). Il n'y a pas de licenciement abusif lorsque l'employeur démontre l'existence d'un motif légitime de sa décision de rompre ».

91. P. BLONDIAU, E. CARLIER, T. CLAEYS et B. MAINGAIN, *La rupture du contrat de travail. Chronique de jurisprudence, 1988-1991*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 26-27 ; M. LECLERCQ, « Le licenciement abusif de l'ouvrier », *E.O.L.*, L. 4.2. p. 130.

Il s'agit, à notre sens, d'un débat infructueux. L'idée que la preuve d'un fait négatif serait impossible est erronée. Comme explicité *supra*, la preuve d'un fait négatif résultera, en fait, de la preuve du fait positif contraire^{92 93}. En effet, pour démontrer qu'il n'a commis aucun abus de droit dans l'exercice de son droit de licencier (fait négatif), l'employeur rapportera en pratique la preuve qu'il a licencié son ouvrier pour un motif légitime (fait positif contraire).

36. Néanmoins, la portée de la charge de la preuve peut être plus étendue puisque si le travailleur estime que la véritable raison de son licenciement est à trouver ailleurs que dans le motif invoqué par l'employeur, certains estiment que l'employeur doit non seulement rapporter la preuve des faits qu'il allègue mais, qu'en outre, il doit démontrer que seuls ces faits sont à la base du licenciement⁹⁴. En d'autres termes, l'employeur ne peut se limiter à prouver la véracité des motifs invoqués mais doit également démontrer qu'ils sont une cause du licenciement⁹⁵ et même la seule cause. Il a ainsi été jugé qu'un employeur qui invoque les prestations médiocres, comme motif de licenciement à un travailleur en congé éducation, doit prouver le lien causal entre les prestations et le licenciement⁹⁶.

En conclusion, à notre sens, si le travailleur n'allègue de façon crédible, dans le cadre de la contribution à l'administration de la preuve, aucun motif inavoué qui serait illicite, la preuve d'un motif valable par l'employeur suffit. Si par contre le travailleur allègue avec quelque vraisemblance un motif illicite, il appartiendra à l'employeur de l'écarter dans le cadre de la charge de la preuve qui pèse sur lui. Cette solution découle à notre sens de la preuve du lien de causalité entre le motif et le licenciement.

En ce sens, M. Jourdan⁹⁷ a relevé diverses décisions qui consacrent l'idée que l'employeur ne doit pas seulement établir l'existence de motifs de licenciement mais qu'il doit également démontrer que ce sont uniquement ces motifs, allégués par lui, qui sont à la base et sont la cause de celui-ci⁹⁸. Ces décisions s'appuient sur le fardeau de la preuve et relèvent notamment que, dans la mesure

92. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 37.

93. Voy., à ce sujet, *supra* : b) Le renversement de la charge de la preuve induit-il une *probatio diabolica* ?

94. C. trav. Liège, 16 janvier 1991, *Chron. D.S.*, 1991, p. 228, note J. JACQMAIN.

95. Trib. trav. Bruges, 8 octobre 1999, *T.G.R.*, 2000, p. 282.

96. C. trav. Liège, 7 février 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 395.

97. M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture » in *Guide social permanent. Commentaires droit du travail*, Kluwer, en ligne.

98. C. trav. Bruxelles, 17 novembre 2003, *R.G.* n° 43 807/W, inédit ; C. trav. Bruxelles, 8 septembre 2003, *R.G.* n° 42 856., inédit ; C. trav. Liège, 16 janvier 1991, *Chron. D.S.*, 1991, p. 228.

où le doute quant au motif réel doit jouer au profit de l'ouvrier, lorsque le licenciement se fonde sur une mauvaise exécution du travail, alors que le travailleur invoque un autre motif (l'intervention de son syndicat par exemple), l'employeur doit non seulement établir l'existence du motif invoqué par lui mais également démontrer que celui-ci est seul à la base de la décision de licenciement⁹⁹. En ce sens encore, il a été jugé que dès lors que l'employeur se fonde sur un motif lié aux nécessités de l'entreprise alors que le travailleur voit dans la raison de son licenciement une lettre circonstanciée au sujet du harcèlement sexuel dont il est victime, l'employeur doit non seulement établir les motifs qu'il a invoqués, mais également que ces derniers sont les seuls à la base de la décision de licenciement¹⁰⁰.

La solution n'est toutefois pas unanime puisqu'il a déjà été jugé que l'employeur a la charge uniquement de prouver la réalité du ou des motifs qu'il invoque et le lien entre ce ou ces motifs et le licenciement et rien d'autre : il n'a nullement l'obligation d'apporter la preuve d'un fait négatif, à savoir qu'un autre motif, invoqué par le travailleur comme étant à l'origine du licenciement, est étranger à celui-ci¹⁰¹. Dans cette orientation, il est souvent retenu qu'un seul motif valable suffit à justifier le congé¹⁰². C.-E. Clesse qui considère qu'« il faut mais il suffit qu'un des motifs de licenciement soit fondé sur la conduite ou le comportement du travailleur ou sur les raisons économiques pour que le licenciement soit justifié » retient que « si le motif licite avancé par l'employeur cache, en réalité, une cause illicite, le licenciement peut être considéré comme abusif, tel est régulièrement le cas lors de repréailles »¹⁰³. Le même auteur qui soutient la thèse du contrôle marginal par les juridictions du travail estime cependant qu'il est essentiel « que certains jalons soient posés par le magistrat pour vérifier si le motif avancé est réel et n'en cache pas d'autres inavouables »¹⁰⁴.

À notre sens, l'apparente dichotomie peut se résoudre à travers l'analyse de la profondeur de la conviction que suscite l'employeur lorsqu'il apporte la preuve du motif allégué et de son lien causal avec le licenciement : moins la raison alléguée – fût-elle établie – paraît réelle et sérieuse pour expliquer le licenciement, plus le juge s'interrogera sur une cause plus vraisemblable. Le

99. Trib. trav. Audenaarde, 13 novembre 2000, inédit, R.G. n° 21 016/0/II citant C. trav. Liège, 16 janvier 1991, *Chron. D.S.*, 1991, p. 228.

100. C. trav. Liège, 16 janvier 1991, *Chron. D.S.*, 1991, p. 228.

101. C. trav. Liège, 10 mars 2004, R.G. n° 30 063/01, inédit cité par M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture » in *Guide social permanent. Commentaires droit du travail*, Kluwer, en ligne.

102. C. trav. Liège, 27 novembre 1986, *Bull. F.A.R.*, 1989, n° 3, p. 111 ; C.-E. CLESSE, *Le licenciement abusif*, étude pratique de droit social, Kluwer, 2005, p. 55.

103. C.-E. CLESSE, *op. cit.*, 2005, pp. 56 et 57.

104. C.-E. CLESSE, *op. cit.*, 2005, p. 59.

juge dispose à notre sens de toute latitude pour vérifier cet élément : il apprécie en effet également le lien causal entre le motif allégué et le licenciement. C'est l'objet d'une seconde discussion.

2° Controverse naissante : « lien » v. « causalité » entre les faits et le licenciement

37. Suivant la jurisprudence traditionnelle, le contrôle des cours et tribunaux est marginal : le juge doit se borner à vérifier la réalité des faits reprochés, fussent-ils non fautifs, et l'existence d'un lien avec le licenciement pour dénier le caractère abusif du licenciement, sans pouvoir se pencher sur l'opportunité de la décision de licenciement ni sur sa proportionnalité¹⁰⁵. Il a ainsi été jugé que le juge qui considère que le licenciement motivé par la conduite n'est pas justifié au motif qu'il constitue une sanction disproportionnée par rapport aux faits constatés, ajoute à tort à l'article 63 une condition supplémentaire¹⁰⁶.

38. Cette position est de plus en plus critiquée par la doctrine, et ce surtout en ce qui concerne le licenciement motivé par la conduite de l'ouvrier ou par les nécessités économiques. Ainsi, J. Jacqmain précise qu'on semble pénétré d'un principe d'immunité de juridiction dont jouissent les employeurs quant à la gestion de leur entreprise¹⁰⁷. D'aucuns ont qualifié cette jurisprudence de trop servile par rapport à un texte déficient¹⁰⁸. Certaines juridictions n'hésitent pas à s'opposer à cette jurisprudence¹⁰⁹.

Relevons l'intéressant raisonnement suivi par le tribunal du travail de Nivelles, dans un jugement du 9 janvier 2004¹¹⁰ :

105. Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 407 ; Cass., 6 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 562 ; C. trav. Mons, 23 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 141 ; C. trav. Mons, 12 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 431 ; C. trav. Liège, 10 octobre 2000, *J.T.T.*, 2000, pp. 376-377 ; C. trav. Liège, 20 août 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 412 ; C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 339 ; trib. trav. Bruxelles, 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 181 ; trib. trav. Bruxelles, 19 mai 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 39 ; C. trav. Bruxelles, 9 novembre 1981, *J.T.T.*, 1983, p. 23 ; C. trav. Bruxelles, 27 juin 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 411 ; C. trav. Bruxelles, 24 juin 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 122.

106. Trib. trav. Bruxelles, 19 mai 1999, *Chron. D.S.*, 2000, 39 ; C. trav. Bruxelles, 24 juin 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 122.

107. J. JACQMAIN, obs. sous trib. trav. Liège, 6 mai 1986, *Bull. F.A.R.*, n°s 162-163, p. 26.

108. B.-H. VINCENT, « Et l'indemnité de licenciement abusif de l'ouvrier ? », *Orientations*, 2002, p. 123 ; L. DEAR, « L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 a-t-il encore une raison d'être ? », *A.E.B. Contrat de travail*, n° 20, 14 novembre 2003, p. 1 ; L. DEAR, « L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 retrouverait-il sa raison d'être ? », *A.E.B. Contrat de travail*, n° 7, 29 mars-14 avril 2004, p. 1.

109. Trib. trav. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 422 ; C. trav. Mons, 13 mai 1998, R.G. n° 14385 ; C. trav. Mons, 17 novembre 2000, R.G. n° 15496 ; C. trav. Bruxelles, 11 juin 2001, R.G. n° 38679, cités dans trib. trav. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 422.

110. Trib. trav. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.*, 2005, liv. 905, p. 14.

« En réalité, dès l'instant où le juge doit s'interroger sur le "lien" entre les faits et le licenciement, il doit se prononcer sur un rapport de causalité. Or, cette causalité n'est pas mécanique. La vérification de ce lien suppose que le juge se demande si le fait invoqué "a pu" causer le licenciement.

De la sorte, il contrôle les "motifs" du licenciement.

(...) Par « motifs », il faut entendre « les éléments de faits qui justifient une décision ». Le juge doit donc vérifier si les faits invoqués par l'employeur justifient sa décision de licencier. La proportionnalité de la décision constitue un des éléments de cette justification ».

Cette thèse minoritaire a des implications importantes au niveau de la preuve puisqu'elle impose à l'employeur de démontrer que les faits invoqués sont suffisants pour justifier une décision de licenciement.

À notre sens, M. Jourdan¹¹¹ a parfaitement synthétisé l'exigence probatoire de la présomption de l'article 63 à l'aune de cette nouvelle thèse. Selon elle, « pour renverser la présomption légale, l'employeur doit établir :

1. que le critère de finalité a été respecté, c'est-à-dire que le licenciement intervient pour un des trois motifs visés par la loi ;
2. que la cause alléguée est avérée ;
3. que la cause alléguée justifiait le licenciement et qu'elle en est la cause unique, étant qu'elle constitue le motif exigé ».

Par exemple, en matière de licenciement lié à des nécessités de l'entreprise, M. Jourdan¹¹² relève que « la preuve doit dès lors être rapportée :

- de l'existence des nécessités vantées, nécessités qui pourront avoir leur source dans une décision de l'employeur (p. ex., cessation d'une partie de son activité, recours à des sous-traitants, etc.) ou s'être imposées à lui (diminution d'activité,...), ainsi que
- de l'obligation subséquente pour l'employeur de procéder à un (ou des) licenciement(s), fondé(s) sur celles-ci,
- ensuite, et une fois cette obligation de licencier établie, du bien-fondé du choix du travailleur, étant de savoir si la personne licenciée était susceptible d'être visée par la mesure »¹¹³.

111. M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture » in *Guide social permanent. Commentaires droit du travail*, Kluwer, en ligne.

112. M. JOURDAN, *op. cit.*

113. Ce dernier élément nous paraît toutefois controversé. Il est ainsi souvent admis que lors d'une restructuration d'entreprise, le choix des travailleurs à licencier ressort du pouvoir de gestion de l'employeur (C.-E. CLESSE, *op. cit.*, 2005, p. 100).

d) Deuxième illustration : le licenciement pour motif grave

39. L'article 35, alinéa 8, de la loi du 3 juillet 1978 énonce deux règles relatives à la charge de la preuve en matière de licenciement pour motif grave. La partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité du motif invoqué. En outre, elle doit fournir la preuve qu'elle a respecté les délais de congé et de notification.

La première règle de preuve relative à l'existence du motif grave est une pure et simple application du principe *actori incumbit probatio*. Comme le relève B. Paternostre à la suite d'un arrêt de la cour du travail de Liège, le congé pour motif grave doit être considéré comme un mode exceptionnel de rompre le contrat car il s'agit pour le travailleur congédié d'une sanction extrêmement grave, il faut donc que la preuve soit faite de manière rigoureuse¹¹⁴, quelles que soient les difficultés concrètes que l'employeur peut connaître pour rapporter la preuve d'un fait dans certaines circonstances.

La deuxième règle relative à la preuve du respect du double délai, ajoutée en 1985¹¹⁵ à la première règle, est considérée comme un cas de renversement de la charge de la preuve¹¹⁶. En effet, avant 1985, la jurisprudence estimait qu'il appartenait à la partie qui affirmait que l'employeur était au courant des faits depuis plus de trois jours d'en apporter la preuve¹¹⁷.

La Cour de cassation, dans un arrêt postérieur à la modification de la loi de 1985, atténue quelque peu la charge de la preuve de l'employeur concernant le respect du délai de congé. Elle estime en effet que « lorsque le juge considère que la partie qui a mis fin au contrat pour motif grave prouve qu'elle n'a eu connaissance des faits constituant le motif grave que dans les trois jours ouvrables précédant le congé, il décide légalement que la partie licenciée doit prouver que celui qui a donné le congé connaissait déjà ces faits depuis plus de trois jours »¹¹⁸. Ce point de vue s'inscrit dans la jurisprudence suivant laquelle lorsqu'une partie est tenue de faire la preuve d'un fait négatif,

114. C. trav. Liège, 15 janvier 2004, R.G. n° 31 300/03, inédit.

115. Loi du 18 juillet 1985 modifiant la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, art. 7, M.B., 31 août 1985, p. 12560.

116. O. VANACHTER, « De bewijslast », in A.T.O., Antwerpen, Kluwer I, pp. 602-630 ; C. BOSSE, *op. cit.*, p. 618 ; H. BUYSENS, « Bewijs inzake arbeidsovereenkomstenrechten », in X., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4^e éd., Antwerpen, Maklu, 1993, p. 205.

117. Cass., 1^{er} avril 1965, *Pas.*, I, p. 819 ; Cass., 5 mai 1976, *Arr. Cass.*, 1976, p. 994, *Pas.*, 1976, I, p. 957 ; C. trav. Anvers, 15 décembre 1980, *R.W.*, 1981-1982, p. 1897. Voy. également : H. BUYSENS, *op. cit.*, 1999, p. 52.

118. Cass., 4 décembre 1989, *Arr. cass.*, 1989-1990, p. 470, *Bull.*, 1990, p. 418, *J.T.T.*, 1990, p. 92, *Pas.*, 1990, I, p. 418 et *R.W.*, 1989-1990, p. 1293.

le juge du fond peut se satisfaire d'une vraisemblance au lieu d'une certitude¹¹⁹.

e) Troisième illustration : les protections contre le licenciement¹²⁰

40. Conformément aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, il appartient à l'employé qui invoque l'irrégularité du licenciement d'apporter la preuve que l'employeur a mis fin à son contrat de manière abusive¹²¹.

Cependant, pour certaines catégories spécifiques de travailleurs, le législateur a mis en place une protection temporaire contre le licenciement. Ces travailleurs, soit se trouvent dans une situation particulière, soit exercent un droit particulier et il était à craindre que l'employeur soit tenté de procéder à leur licenciement pour ce motif. Pour protéger ces travailleurs, le législateur a instauré des renversements de la charge de la preuve en vertu desquels l'employeur doit apporter la preuve qu'il a licencié son travailleur pour un motif étranger à la situation particulière ou à l'exercice d'un droit par le travailleur. Autrement dit, le législateur présume tacitement que le travailleur s'est fait licencier en représailles à la suite de l'exercice d'un de ses droits et il appartient dès lors à l'employeur de prouver le contraire¹²².

Ainsi, sur la base de l'article 40 de la loi du 16 mars 1971, en cas de licenciement d'une travailleuse entre le moment où il a été informé de son état de grossesse jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois prenant cours à la fin du congé postnatal, l'employeur doit apporter la preuve qu'il a licencié cette travailleuse pour des motifs étrangers à l'état physique résultant de la grossesse ou de l'accouchement.

De nombreuses autres dispositions recourent à cette technique pour protéger les travailleurs se trouvant dans une situation particulière. On peut notamment citer la protection contre le licenciement :

- en cas de conversion du congé de maternité en congé de paternité lors du décès ou de l'hospitalisation de la mère (articles 5 et 6 de l'arrêté royal du 17 octobre 1994),
- en cas de pause d'allaitement (article 11 de la C.C.T. n° 80 du 27 septembre 2001),

119. Voy. *supra* : B. Exceptions : renversement et partage du fardeau de la preuve et présomptions légales, 1, Renversement de la charge de la preuve b) Le renversement de la charge de la preuve induit-il une *probatio diabolica* ?

120. Voyez à ce sujet : P. BLONDIU, C. CANAZZA, N. HAUTENNE, « Motivations et motifs du congé », in *Motivation et motifs du congé*, Études pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 100.

121. Cass., 15 janvier 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 241.

122. C. BOSSE, *op. cit.*, p. 616.

- en cas de congé d'adoption (article 30^{ter} de la loi du 3 juillet 1978),
- en cas de congé-éducation payé (article 118 de la loi du 22 janvier 1985),
- en cas de crédit-temps (article 20 de la C.C.T. n° 77^{bis} du 19 décembre 2001), etc.

S'il résulte de ces articles que l'employeur doit assumer la lourde tâche de rapporter la preuve d'un fait négatif, la jurisprudence se satisfait en pratique de la démonstration d'un fait positif contraire. Ainsi, l'employeur peut justifier le licenciement en rapportant la preuve que le licenciement était motivé par le comportement du travailleur ou par le fonctionnement de l'entreprise¹²³. Toutefois, alors que l'on reconnaît traditionnellement le pouvoir « discrétionnaire »¹²⁴ de licencier de l'employeur¹²⁵, la jurisprudence semble plus exigeante pour admettre la validité d'un licenciement motivé par la conduite du travailleur dans ces hypothèses¹²⁶. Par ailleurs, le motif grave reste évidemment un motif valable de licenciement puisqu'il est étranger aux motifs de protection.

En ce qui concerne la protection des représentants du personnel^{127 128}, le législateur consacre expressément dans la loi du 19 mars 1991 le fait que la

123. C. trav. Bruxelles, 16 novembre 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 234, note M. DUMONT ; C. trav. Bruxelles, 6 avril 2004, R.G. n°44558, www.strada.be ; C. trav. Liège, 5 mars 2003, R.G. n° 03436/01, inédit cité dans C. MAIRY et F. VERBRUGGE, *Congés circonstanciés – réglementation du travail*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 178 ; trib. trav. Gand, 4 février 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 545 ; C. trav. Liège, 23 octobre 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 342.

124. Quoique cette expression soit parfaitement impropre, voyez à ce sujet not. les contributions de P.-P. VAN GEUCHTEN et G. DOMEZ in *Motivation et motifs du congé*, Études pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2006.

125. Voyez notamment : C. trav. Mons, 11 décembre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 77 ; C. trav. Anvers, 3 mars 1983, *R.D.S.*, 1983, p. 508 ; C. trav. Liège, 11 mars 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 412 ; trib. trav. Bruxelles, 19 juin 1987, *Jur. trav. Brux.*, 1987, p. 36.

126. Bruxelles, 27 mai 1981, *J.T.T.*, 1982, p. 300 ; trib. trav. Mons, 28 mai 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 123 ; C. trav. Mons, 21 février 1983, *J.T.T.*, 1983, p. 121 ; trib. trav. Bruxelles, 29 mars 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 33 ; C. trav. Liège, 7 février 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 395 ; C. trav. Bruxelles, 16 juin 2004, R.G. n°40539 et 42530, inédit.

127. Loi du 19 mars 1991 portant régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel. Cette protection spécifique contre le licenciement « a pour but, d'une part, de permettre aux travailleurs délégués du personnel d'exercer leur mission dans l'entreprise et, d'autre part, d'assurer l'entière liberté du travailleur de se porter candidat pour exercer cette mission » (Cass., 29 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 890, *R.D.S.*, 1982, p. 469 ; Cass., 4 septembre 1995, *Chron. D.S.*, 1995, p. 474, obs. H. FUNCK, *J.T.T.*, 1995, p. 493, obs. C. WANTIEZ, *Pas.*, 1995, I, p. 767 ; Cass., 1^{er} décembre 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 292, *Pas.*, 1997, I, p. 1315 ; C. trav. Mons, 21 mai 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 435).

128. Voyez à ce sujet : H.-F. LENAERTS, « Le licenciement des représentants du personnel », in *Études pratiques de droit social*, Bruxelles, Kluwer, 2004 ; D. VOTQUENNE et C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers, 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Bruxelles, Larcier, 2001.

preuve du fait négatif (le licenciement n'est pas motivé par la candidature ou l'exercice d'un mandat dans l'entreprise) doit se faire par la preuve d'un fait positif contraire (le licenciement repose sur des raisons d'ordre économique et technique ¹²⁹ ou sur un motif grave ¹³⁰). En dehors de ces deux motifs, le licenciement du travail est irrégulier. Ce fait positif doit par ailleurs avoir été reconnu préalablement au licenciement soit par les juridictions du travail lorsqu'il s'agit d'un motif grave, soit par l'organe paritaire compétent lorsqu'il s'agit de raisons d'ordre économique ou technique ¹³¹.

2. Partage du fardeau de la preuve

a) Raison d'être et portée

41. Le droit social dispose également de mécanismes spécifiques qui, pour faciliter la tâche d'une victime d'un comportement particulier, permettent d'alléger la preuve qu'elle doit apporter en partageant la charge de la preuve.

129. C. trav. Mons, 14 mai 2002, R.G. n° 17229, www.strada.be.

130. En principe, le juge effectue le contrôle du motif grave comme s'il s'agissait d'un travailleur ordinaire (Cass., 27 janvier 2003, *Chron. D.S.*, 2003, p. 374, *J.T.T.*, 2003, p. 121). Cependant, la doctrine et la jurisprudence considèrent que la faute grave doit s'apprécier *in concreto* en tenant notamment compte de la fonction et de la place dans la hiérarchie sociale de l'entreprise occupées par le travailleur fautif (P. BLONDIAU, E. CARLIER, T. CLAEYS et B. MAINGAIN, « Chronique de jurisprudence. La rupture du contrat de travail (1988-1991) », *J.T.T.*, 1993, p. 496 ; P. BLONDIAU, C. CANAZZA, N. HAUTENNE, « Motivations et motifs du congé », in *Motivation et motifs du congé*, Études pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 100 ; C. trav. Bruxelles, 16 février 1989, *R.D.S.*, 1989, p. 237 ; C. trav. Bruxelles, 18 mai 1989, *Chron. D.S.*, 1990, p. 112 ; trib. trav. Gand, 18 mars 1994, *T.G.R.*, 1994, p. 134 ; trib. trav. Mons, 12 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 739.).

131. La situation se présente différemment pour les délégués syndicaux. Sur la base de la convention collective de travail n° 5, en cas de licenciement d'un délégué syndical effectif pour un motif autre qu'une faute grave, l'employeur est tenu d'informer par lettre recommandée, préalablement au licenciement, la délégation et l'organisation syndicale des motifs invoqués pour mettre fin au contrat de travail. Si l'organisation syndicale refuse de reconnaître la validité du licenciement envisagé dans les sept jours, le litige peut être soumis à l'appréciation du bureau de conciliation de la commission paritaire et, à défaut de décision unanime de ce bureau dans les trente jours, le tribunal du travail sera saisi du litige. Comme le relèvent P. Blondiau, C. Canazza et N. Hautenne, « le contrôle par le juge de la validité des motifs invoqués par l'employeur sera identique à celui exercé dans le cadre du licenciement d'un délégué du personnel, à ceci près que ce contrôle pourra s'exercer dans tous les cas où la volonté de rompre portera sur tout motif autre que le motif grave, ce qui impose *de facto* à l'employeur de motiver de façon substantielle toute décision de rompre le contrat de travail dans tous les cas où un motif grave n'est pas invoqué à l'égard du travailleur ». (P. BLONDIAU, C. CANAZZA, N. HAUTENNE, *op. cit.*, 2006, p. 100.)

Le législateur recourt notamment à ce mécanisme dans des domaines où il est délicat et difficile pour la victime d'apporter une preuve précise et certaine de ses allégations et de la qualification qu'il convient de leur donner. On citera, à titre exemplatif, les litiges relatifs aux discriminations ¹³² ou encore à la violence ou au harcèlement moral ou sexuel au travail.

b) Illustration : la violence ou le harcèlement moral ou sexuel au travail

42. En matière de harcèlement au travail, l'article 32^{undecies} de la loi du 4 août 1996, introduit par la loi du 11 juin 2002 dispose que « lorsqu'une personne qui justifie d'un intérêt établi devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail, la charge de la preuve qu'il n'y a pas eu de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail incombe à la partie défenderesse ». En d'autres termes, la loi instaure un partage du fardeau de la preuve entre les parties en litiges ¹³³.

Dans un premier temps, la victime doit établir des faits qui constituent un commencement de preuve de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail. À cet égard, la jurisprudence considère que de simples affirmations ¹³⁴ et *a fortiori* des rumeurs ou des impressions subjectives ¹³⁵ ne suffi-

132. Ainsi, l'article 28, § 1^{er} de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination dispose que : « § 1. Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, le Centre ou l'un des groupements d'intérêts invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination.

§ 2. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

1° les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé ; entre autres, différents signalements isolés faits auprès du Centre ou l'un des groupements d'intérêts ; ou
2° les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

§ 3. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

1° des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale ; ou
2° l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect ; ou
3° du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable ».

133. La loi du 10 janvier 2007 modifiant plusieurs dispositions relatives au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail relatives à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (*M.B.*, 6 juin 2007) et la loi du 6 février 2007 modifiant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail en ce qui concerne les procédures judiciaires (*M.B.*, 6 juin 2007) n'ont aucune incidence sur les règles relatives à la charge de la preuve de la violence ou du harcèlement moral ou sexuel au travail.

134. Dans un jugement du 12 mai 2003, le tribunal du travail d'Anvers a ainsi jugé que le plaignant

sent pas pour présumer l'existence de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail. Par ailleurs, les faits doivent être suffisamment décrits et se rapporter à des personnes identifiables¹³⁶. En conséquence, les juridictions refusent l'offre de preuve par témoins lorsque le plaignant ne fait pas la preuve de faits précis et pertinents constituant à tout le moins un commencement de preuve de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail¹³⁷.

Si le plaignant remplit sa « partie » de charge de la preuve, il appartient alors au défendeur d'apporter la preuve qu'il n'y a pas eu de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail¹³⁸.

43. Conformément à l'article 32*undecies*, le partage de la charge de la preuve s'applique à toutes les procédures civiles dans lesquelles des faits de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail au sens de la loi du 11 juin 2002 doivent être rapportés, à savoir aussi bien les demandes tendant à l'application d'une mesure prévue par la dite loi que les demandes tendant à l'application d'une sanction civile suite à la commission de la faute que constitue la violence ou le harcèlement au travail¹³⁹.

La disposition précise, néanmoins, qu'elle ne porte pas atteinte à d'autres dispositions légales plus favorables en matière de charge de la preuve. Selon la

ne peut se contenter d'affirmations unilatérales ; il doit établir les faits, par exemple, à l'aide des rapports du conseiller en prévention et des pièces de la procédure interne (trib. trav. Anvers, 12 mai 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 103).

135. « La notion de harcèlement moral implique une conduite objectivement abusive. Une expérience subjective du travailleur n'est pas déterminante à cet égard. La victime doit fournir des éléments qui permettent de présumer l'existence de harcèlement moral et la partie défenderesse peut démontrer le contraire. Il ne suffit pas de prétendre qu'on est victime de harcèlement ou d'énumérer des faits. La victime doit invoquer des attitudes précises et concrètes permettant de conclure qu'elle fait l'objet de harcèlement moral ». (trib. trav. Gand (3^e ch.), 23 septembre 2005, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2006, liv. 1, p. 73).

136. Trib. trav. Anvers, 12 mai 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 103.

137. La charge de la preuve incombe au plaignant. L'offre de preuve par témoins n'est pas admissible si aucune déclaration n'est faite de faits plus précis et utiles pouvant faire présumer l'existence de violence, de harcèlement moral ou de harcèlement sexuel au travail. (trib. trav. Audenaarde (2^e ch.) 9 mai 2006, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2006, liv. 5, p. 319). Voyez également : trib. trav. Hasselt, 10 juillet 2003, inédit, R.G. n° 26 021 et trib. trav. Mons, 12 mars 2004, R.G. n° 5322/03/LL, inédit cités dans X, « La loi sur la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail – deux années d'application », in *Études pratiques de droit social*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 56.

138. Voyez deux décisions qui considèrent que le harcèlement moral est établi parce qu'alors que le plaignant avait apporté un commencement de preuve, le défendeur n'a pas prouvé qu'il n'y avait pas eu de harcèlement moral : trib. trav. Bruxelles, 28 septembre 2004, R.G. n° 59 224/03, inédit et trib. trav. Bruxelles, 11 janvier 2005, R.G. n° 83 325/04, inédit cités dans X, *La loi sur la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail – deux années d'application*, op. cit., pp. 57-58.

139. Trib. trav. Bruxelles, 10 novembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 202.

doctrine¹⁴⁰, la disposition vise des hypothèses comme le licenciement pour motif grave, le licenciement abusif des ouvriers ou la rupture irrégulière du contrat des travailleuses enceintes. Il a ainsi été jugé que le renversement de la charge de la preuve ne bénéficie pas à l'employeur qui licencie pour motif grave lorsque le motif grave invoqué est le harcèlement moral ou sexuel au travail. Dans une telle hypothèse, le tribunal estime que l'employeur doit prouver le motif grave¹⁴¹.

Par ailleurs, la disposition ne s'applique pas aux procédures pénales pour lesquelles l'accusation supporte la charge de la preuve de la culpabilité.

44. Comme précisé par J. Jacqmain, cette disposition « n'a nullement pour but de renverser la charge de la preuve, mais seulement de faciliter la tâche de la victime qui, par hypothèse, se trouve tant psychologiquement que juridiquement, en état d'infériorité »¹⁴².

3. Présomptions légales

a) Raison d'être et portée

45. Le législateur dispose d'un troisième outil pour déroger aux principes des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire : l'instauration de présomptions légales. Conformément à l'article 1352 du Code civil, « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ». Ces présomptions ont, en effet, des conséquences sur la charge de la preuve qu'elles peuvent inverser, voire même rendre impossible en interdisant la preuve contraire¹⁴³.

46. Il existe trois types de présomptions légales, chacune ayant un effet distinct¹⁴⁴. Les présomptions simples (*iuris tantum*) ne valent que jusqu'à preuve du contraire. Les présomptions simples qui apparaissent à première vue comme des règles de droit matériel, constituent en réalité une technique pour déroger aux règles classiques relatives à la charge de la preuve : elles opèrent un renversement de la charge de la preuve.

140. X., *La loi sur la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail – deux années d'application*, Études pratiques de droit social, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 55-56 ; J. JACQMAIN, « La loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail », *Chron. D.S.*, 2003, liv. 2, p. 61.

141. Trib. trav. Nivelles, 20 juin 2003 et 19 septembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 280.

142. J. JACQMAIN, « La loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail », *Chron. D.S.*, 2003, p. 61.

143. D. MOUGENOT, op. cit., 2002, pp. 282-283.

144. D. MOUGENOT, op. cit., 2002, p. 104.

Les présomptions mixtes peuvent également être renversées mais de manière limitative en observant les restrictions légales.

Les présomptions irréfragables (*iuris et de iure*) ne sont, quant à elles, susceptibles d'aucune preuve contraire. Elles opèrent donc plus qu'un renversement de la charge de la preuve. Il s'agit véritablement d'une règle de droit matériel qui attribue à son bénéficiaire un avantage dont il ne peut être privé.

Il est considéré d'ordinaire que l'aveu et le serment peuvent néanmoins être invoqués à l'encontre de ces présomptions irréfragables¹⁴⁵ à moins qu'elles ne touchent à l'ordre public, ce qui pourra parfois être le cas en droit social.

47. Les présomptions peuvent être édictées en faveur du travailleur (présomptions impératives unilatérales) ou en faveur de l'ensemble du système de sécurité sociale (présomptions d'ordre public).

Dans un certain nombre de cas, la présomption légale ne peut en effet être invoquée que par la partie en faveur de laquelle elle a été édictée. Ainsi, seul le travailleur peut se prévaloir de la présomption légale d'un contrat à durée indéterminée en cas de succession de contrats à durée déterminée (art. 10 et 10bis de la loi du 3 juillet 1978). Lorsque la présomption de l'article 10 est invoquée à l'encontre de l'employeur, celui-ci peut apporter la preuve que cette succession était justifiée¹⁴⁶ et seul lui peut le faire¹⁴⁷.

Dans d'autres, c'est l'intérêt du système de sécurité sociale qui est protégé. Ainsi, l'article 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989 établit, à défaut de produire des horaires au travailleur à temps partiel, une présomption de travail à temps plein¹⁴⁸.

b) Illustration : les présomptions de contrat de travail

48. Le droit du travail connaît de nombreuses présomptions, notamment en ce qui concerne l'existence d'un contrat de travail¹⁴⁹. Un mécanisme distinct est, par ailleurs, prévu en sécurité sociale pour étendre l'application de la sécurité sociale des travailleurs salariés à des catégories de personnes travaillant selon des modalités similaires à celles d'un contrat de travail (article 3 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969). Ces extensions ne doivent pas être con-

145. D. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 104 et p. 336 qui renvoie également à H. DE PAGE, *op. cit.*, III, 3^e éd., n^{os} 937 et 1015.

146. Cass., 2 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 404.

147. C. trav. Anvers, 4 novembre 1988, *Chron. D.S.*, 1993, p. 317.

148. Sur les dernières évolutions de ces dispositions, voyez la note de M. DUMONT in *R.R.D.*, 2007 (à paraître).

149. Pour une énumération, voy. H. BUYSENS, *op. cit.*, 1999, pp. 57 et s.

fondues avec des présomptions. Même si le mécanisme en est globalement similaire, les effets divergent : la présomption crée un contrat de travail, ce qui entraîne l'application de la loi du 3 juillet 1978 et l'application de la loi du 27 juin 1969 sur la sécurité sociale des travailleurs salariés alors que l'extension, ne visant que la sécurité sociale, n'atteint pas la nature de la relation contractuelle entre les parties.

On peut citer notamment les présomptions simples suivantes :

- l'article 3bis de la loi sur le contrat de travail (le pharmacien non propriétaire de son officine) ;
- l'article 4 de la loi sur le contrat de travail (le représentant de commerce) ;
- l'article 121 de la loi sur le contrat de travail (l'étudiant).

49. Lorsqu'une présomption simple de contrat de travail est prévue, la partie ou le tiers qui soutient qu'il s'agit d'un contrat de collaboration à titre indépendant doit démontrer que les éléments du contrat et que son exécution excluent un lien de subordination et ne sont pas compatibles avec l'existence d'un contrat de travail. Comme le relèvent W. Van Eeckhoutte et V. Neuprez¹⁵⁰ : « La preuve contraire de la présomption légale ne résulte pas de la simple intention commune des parties de conclure un contrat de collaboration à titre indépendant, ni du fait que les parties n'ont pas considéré qu'elles étaient liées par un contrat de travail pendant toute la période de l'engagement »¹⁵¹.

50. Les présomptions irréfragables de contrat de travail se trouvent, quant à elles, dans les dispositions suivantes :

- article 5bis de la loi sur le contrat de travail (prestations de services complémentaires exécutées en application d'un contrat d'entreprise) ;
- article 3 de la loi du 24 février 1978 (le sportif rémunéré) et,
- article 8 de la loi du 24 juillet 1987 (le travailleur intérimaire).

Dans ces cas, il n'y a aucun moyen d'obtenir une disqualification du contrat de travail.

51. L'article 332 de la loi-programme du 27 décembre 2006 précise d'ailleurs que la faculté de requalifier la relation de travail ne porte pas atteinte aux dispositions légales ou réglementaires présumant de manière irréfragable qu'une profession est exercée en tant que travailleur salarié. La nouvelle loi reste par contre muette sur les présomptions simples de contrat de travail. Il peut s'en déduire qu'elle n'y déroge pas.

150. *Compendium droit social*, 2006-2007, T. I, Kluwer, 2007, p. 515.

151. Cass., 17 mai 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 72.

Administration de la preuve

52. L'administration de la preuve « est le processus par lequel les moyens de preuve sont portés à la connaissance du juge » ¹⁵².

Indépendamment de la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve ¹⁵³, l'administration de la preuve se caractérise notamment par :

- une obligation de collaboration des parties dans l'administration des preuves (A)
- un rôle actif du juge (B)
- le caractère contradictoire de la production en justice des preuves (C).

A. La collaboration des parties dans l'administration des preuves

1. Principe

53. Indépendamment des règles relatives à la charge de la preuve, il est admis que les deux parties ont l'obligation de collaborer loyalement au déroulement du procès ¹⁵⁴. La charge de la preuve ne doit donc jamais être confondue avec la contribution à l'administration de la preuve. Comme le relève D. Mougenot, « aucun plaideur ne peut se retrancher dans le silence ou l'abstention sous le prétexte que la charge de la preuve incombe à son adversaire, s'il dispose d'éléments dont ce dernier pourrait se prévaloir » ¹⁵⁵.

Le principe de la collaboration des parties à l'administration de la preuve, illustré notamment par les articles 871 et 877 du Code judiciaire relatifs à la production de documents par les parties, a dès lors banni l'adage *nemo tenetur edere contra se* en l'application duquel une partie pouvait, notamment, refuser de produire un élément de preuve lui étant défavorable ¹⁵⁶. Il est ainsi admis que le juge peut ordonner la production d'une preuve par une partie sous peine d'astreinte ¹⁵⁷.

152. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 131.

153. Voyez *supra* : section 2. Charge de la preuve.

154. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 46.

155. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 92 et références citées.

156. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 30 ; A. KOHL, « Procès civil et sincérité », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1971 ; G. DOMEZ, « La participation des parties à l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1974, p. 158.

157. Mons, 12 juillet 1985, *J.L.M.B.*, 1985, p. 16.

2. Champ d'application

54. Ce principe demeure même en cas de renversement de la charge de la preuve.

Ainsi, par exemple, dans le cadre d'un licenciement abusif sur le pied de l'article 63 de la loi sur le contrat de travail, les parties ont l'obligation de contribuer à l'administration de la preuve ¹⁵⁸. Le travailleur, qui estime le licenciement abusif, a la charge de la preuve des prétentions qu'il invoque à cet égard. Il devra donc apporter des éléments objectifs qui soutiennent ses prétentions ¹⁵⁹. Par ailleurs, le travailleur devra contester et réfuter les allégations et les preuves faites par l'employeur : ce qui n'est pas ou pas suffisamment contesté, doit être considéré comme étant prouvé ¹⁶⁰. Le travailleur ne peut se limiter à invoquer le prétendu caractère abusif de son licenciement et se limiter à réfuter de manière générale les motifs de son licenciement sans toutefois les nier explicitement ni en les réfutant par sa propre version des faits ¹⁶¹. Comme l'a relevé la cour du travail de Bruxelles dans un arrêt du 14 octobre 1991 ¹⁶², « la charge de la preuve telle que déterminée par l'article 63, alinéa 2, désigne en réalité la partie, à savoir l'employeur, sur laquelle pèse le risque du défaut de preuve. Cette charge de la preuve ne peut cependant se confondre avec l'administration de la preuve comme le voudrait, en l'espèce, le travailleur qui se borne à reproduire une série de décisions judiciaires en matière de licenciement abusif et a dénié purement et simplement les faits formulés par l'employeur, sans démontrer à suffisance que ceux-ci manqueraient de vraisemblance et qui, ainsi, adopte une position purement passive et s'abstient de contribuer à l'administration de la preuve » ¹⁶³.

55. On notera toutefois que le fait qu'une partie collabore activement à l'instruction du dossier ne peut, en toute hypothèse, aboutir à faire peser sur elle le risque de la preuve si elle ne supportait pas l'origine ¹⁶⁴.

158. C. trav. Bruxelles, 14 octobre 1991, *Chron. D.S.*, 1993, p. 63, note J. C. BODSON.

159. D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 212, n° 91.

160. Trib. trav. Namur, 18 juin 1974, *J.T.T.*, 1975, p. 78 ; trib. trav. Bruxelles, *Chron. D.S.*, 1982, p. 11 ; trib. trav. Charleroi, 23 février 1976, *J.T.T.*, 1977, p. 166 ; trib. trav. Tongres, 14 novembre 1980, *Limb. Rechtsl.*, 1981, p. 37.

161. C. trav. Bruxelles, 13 février 1995, *Bull. VBO*, 1996/4, p. 88.

162. C. trav. Bruxelles, 14 octobre 1991, *Chron. D.S.*, 1993, p. 63.

163. Cité in C.-E. CLESSE, *op. cit.*, 2005, p. 175.

164. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 132 et réf. cit.

B. Le rôle du juge

1. La recherche même d'office de la preuve

56. S'il est exact qu'en vertu de la nature du caractère accusatoire de la procédure civile, il appartient aux parties de faire valoir leurs preuves, le juge a le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables : production de documents, enquêtes, expertises, comparution personnelle des parties, descente sur les lieux ¹⁶⁵.

Il est désormais admis que « le juge peut prendre des initiatives dans le cadre de la réception des preuves, il a même le devoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables » ¹⁶⁶. Le juge peut d'ailleurs, en vertu de l'article 877 du Code judiciaire, lorsqu'il existe des présomptions graves, précises ou concordantes de la détention par une partie ou par un tiers des documents contenant la preuve d'un fait pertinent, en ordonner la production.

Le juge ne peut toutefois le faire qu'en respectant le principe du dispositif et les droits de la défense.

2. L'appréciation de la valeur probante

57. Il appartient toujours au juge d'apprécier la valeur probante des éléments qui lui sont soumis ^{167 168}.

C. Le caractère contradictoire de la preuve

58. La juridiction ne peut, normalement, admettre que les preuves qui ont pu faire l'objet de débats contradictoires ¹⁶⁹.

Un devoir de loyauté pèse donc sur les parties tant dans la phase de collecte de la preuve (c'est la question de la licéité de la preuve que nous aborderons *infra*) que dans la production judiciaire des preuves.

165. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 70.

166. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 31 et *réf. cit.*

167. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 33.

168. Voyez *infra* : section 4. Distinctions entre recevabilité, force probante, valeur probante.

169. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 23.

SECTION 4

Distinction entre recevabilité, force probante, valeur probante et licéité des preuves

59. Comme le relève D. Mougenot ¹⁷⁰, il y a lieu de distinguer la recevabilité, la force probante d'une preuve et la valeur probante. Ces trois concepts se distinguent par ailleurs de la notion de « licéité » (voy. section 5, *infra*).

A. Recevabilité

60. Selon D. Mougenot, la recevabilité traite « de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice, de sorte que la preuve irrecevable doit être rejetée d'office par le juge, sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée ».

Un mode de preuve est admissible en justice s'il est conforme aux dispositions légales qui traitent de sa recevabilité. D. Mougenot place, dans cette notion, notamment la question de la conformité aux dispositions qui exigent un écrit pour la preuve d'un acte juridique, comme par exemple l'article 1341 du Code civil (ce qui nous paraît toutefois relever plus de la force probante). Il y place également la question de l'interdiction de recourir à certains modes de preuve qui violent le secret professionnel ou la vie privée ce qui rejoint la problématique de, ce que nous appellerons *infra* la licéité de la preuve qui concerne essentiellement les conditions de la collecte de la preuve.

On pourrait mettre également cette question en rapport avec l'analyse de la loyauté dans l'obtention de la preuve. Ce principe est surtout présent en matière pénale. On peut notamment citer l'interdiction, dans certaines hypothèses, de la provocation à la commission d'une infraction. Ce principe de loyauté a été récemment invoqué en matière civile par la Cour de cassation française dans un arrêt rendu le 23 mai 2007 ¹⁷¹. Nous en verrons certaines illustrations dans le cadre de la production du contenu de communications électroniques par une des parties à la communication ¹⁷².

170. « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », in *La preuve*, Formation permanente CUP, 2002, vol. 54.

171. Cass. fr., 23 mai 2007, n° 06-43209, www.droit-technologie.org : « Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable, en justice, la preuve ainsi obtenue, il n'en n'est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits S.M.S., dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ».

172. Voy. *infra*, section 5, B., troisième illustration.

La question du caractère contradictoire de la production de la preuve devant la juridiction nous paraît pouvoir être placée également à ce niveau même si nous n'en traiterons pas. Une preuve qui ne serait pas produite contradictoirement nous paraît devoir être écartée des débats.

B. Force probante

61. La force probante vise la valeur légale qui s'attache à un élément de preuve. C'est la valeur en tant que preuve qui s'attache à un fait ou à un indice extérieur ou, en d'autre terme, la reconnaissance que le droit lui assure. La force probante est liée aux procédés de preuves admis et hiérarchisé en théorie par un système juridique dans le cadre d'une preuve réglementée comme en droit civil. Les procédés de preuve peuvent quant à eux être définis comme « les moyens légalement admis par la loi pour administrer une preuve »¹⁷³.

Comme le relève P. Van Omme-slaghe : « Les règles relatives à la force probante des modes de preuve, quels qu'ils soient, constituent une question de droit qui s'impose au juge »¹⁷⁴. Et D. Mougenot de résumer : « La force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties ».

C. Valeur probante

62. La valeur probante de la preuve est, quant à elle, son « aptitude à emporter la conviction du juge ». C'est une question de fait sur la pertinence de la preuve *in specie*. Cette question s'analyse normalement en dernier : inutile de s'interroger sur la valeur probante d'un témoignage qui ne pourrait en toute hypothèse pas être porté contre ou outre un écrit en application de l'article 1341 du Code civil (question de force probante)¹⁷⁵. Par contre, la valeur d'une attestation rédigée par un travailleur encore soumis à l'autorité de son employeur doit être appréciée par le juge ; c'est une question de valeur probante¹⁷⁶.

Dans cette conception, « force probante et valeur probante seraient inversement liées »¹⁷⁷ : plus la force probante serait importante, plus le juge serait tenu par la preuve offerte. De sorte que la valeur probante ne se pose-

173. H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 1967, n° 707, p. 695.

174. P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, p. 103.

175. Voyez *infra* : section 6, A., 4. b) L'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 ne permet pas de déroger à l'article 1341, al. 2, du Code civil.

176. Voyez *infra* : section 6, B., 4. c) Illustration : les attestations émanant de tiers.

177. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 76.

rait pas. Par contre, lorsque la force probante du moyen de preuve est faible, en ce que la loi ne lui réserve pas une place importante dans la hiérarchie des preuves, le juge récupérerait son pouvoir d'appréciation.

SECTION 5

Licéité de la preuve

A. Principes

1. Définition

63. Dans le cadre de la présente étude, nous utiliserons le vocable « licéité de la preuve » pour cerner la question de la validité *in casu* de la collecte d'une preuve particulière c'est-à-dire de la légalité de la manière dont on a obtenu les informations. En effet, pour qu'une preuve puisse être considérée comme licite, elle ne peut pas avoir été obtenue en violation de dispositions légales applicables¹⁷⁸.

Ainsi, par exemple, la recherche des moyens de preuve ne peut entraîner des atteintes, soit à l'intégrité physique ou mentale, soit à l'intégrité du domicile, soit à la vie privée¹⁷⁹.

Par ailleurs, la preuve ne peut pas être recueillie suite à la violation du secret professionnel. Il a ainsi été jugé qu'une preuve obtenue en violation du secret professionnel doit être écartée des débats¹⁸⁰. Ainsi en va-t-il par exemple d'un élément de preuve recueilli en violation du secret de l'instruction¹⁸¹, du secret professionnel des médecins¹⁸² ou encore du secret de l'avocat.

Nous verrons *infra* que ces questions suscitent d'intenses discussions au niveau de la protection de la vie privée.

2. Sanctions

a) L'écartement des débats

64. Si un élément de preuve a été obtenu par des moyens illicites, le juge ne peut, en principe, y avoir égard¹⁸³.

178. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 76 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 34, n° 56.

179. Cass. (2° ch.), 14 octobre 2003, R.G. P030762N ; www.cass.be ; Cass., (2° ch.), 23 mars 2003, R.G. P040012N, www.cass.be.

180. Trib. trav. Namur (2° ch.), 16 mars 1981, J.T.T., 1981, p. 361.

181. C. trav. Bruxelles (6° ch.), 16 janvier 2006, J.T.T., 2006, p. 214.

182. C. trav. Mons (6° ch.), 14 décembre 2001, R.G. 12858, www.cass.be.

183. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 76 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 34, n° 56.

65. Toutefois, ce principe a été récemment assoupli par la Cour de cassation dans des litiges en matière pénale (voy., à ce sujet, les contributions de MM. Kutry, Dejemepe et Kennes, parues *supra*, dans cet ouvrage). Dans un arrêt du 27 février 2001¹⁸⁴, la Cour de cassation rappelle que le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas absolu et indique que « cette disposition conventionnelle n'empêche pas que, sur la base d'une présomption légitime de l'implication de son employé dans des infractions commises à son détriment, un employeur prenne des mesures afin de prévenir ou de constater de nouveaux faits punissables au moyen de vidéosurveillance dans un espace accessible au public du magasin qu'il exploite » tout en précisant que « pour autant qu'elle a pour objectif la dénonciation des faits aux autorités et, partant de cet objectif, qu'elle est adéquate, utile et non excessive, une telle mesure n'implique pas d'ingérence dans l'exercice de ce droit au sens de l'article 8, alinéa 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Depuis 2003, la Cour de cassation tend, par ailleurs, à s'écarter du principe qui voudrait une irrecevabilité « automatique » en cas d'obtention illicite de celle-ci en réservant au juge la possibilité de former sa conviction concernant la culpabilité d'un prévenu sur la base d'une preuve illicite, c'est-à-dire sur la base d'une preuve recueillie soit par un acte interdit par la loi, soit par un acte inconciliable avec les règles substantielles régissant la procédure pénale¹⁸⁵. Ainsi, le juge doit apprécier l'admissibilité de la preuve à la lumière des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tenant compte des éléments de la cause pris dans leur ensemble, en ce compris la manière dont la preuve a été obtenue et les circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

La Cour a toutefois estimé que le juge ne pouvait directement ou indirectement fonder sa conviction sur une preuve obtenue illicitement dans les trois hypothèses suivantes : la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité, l'irrégularité entachant la fiabilité de la preuve et la méconnaissance des principes relatifs au procès équitable¹⁸⁶. Par contre, lorsque l'irrégularité com-

mise ne compromet pas le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité de la preuve et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité, le juge peut, pour décider qu'il y a lieu d'admettre des éléments irrégulièrement produits, prendre en considération, notamment, la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée.

Cette tendance jurisprudentielle s'est également illustrée dans un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 2005 concernant l'obtention d'une preuve en violation de l'information préalable requise par l'article 9 de la C.C.T. n° 68 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail. Un employeur avait filmé à son insu une employée qu'il soupçonnait de vol en s'abstenant de fournir l'information requise. La Cour avait décidé qu'il appartenait au juge d'apprécier l'irrégularité des moyens de preuve produits aux débats dès lors que le non-respect de l'obligation préalable d'information n'était pas sanctionné de nullité¹⁸⁷.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle affirmé dans plusieurs arrêts¹⁸⁸ toujours en matière répressive qu'« il ne résulte ni de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit un procès équitable ni de l'article 8 de cette même convention qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en violation d'un des droits fondamentaux garanti par cette convention ou par la Constitution est toujours inadmissible ».

Dans ses divers arrêts, la Cour de cassation ne se prononce pas sur la légalité d'un système qui voudrait qu'on puisse se passer de l'information du travailleur pour pouvoir le surveiller et le surprendre en flagrant délit en se fondant sur l'argument selon lequel cette confrontation du travailleur ne serait pas possible s'il était informé du placement de la caméra. Par contre, la Cour de cassation indique clairement dans son arrêt du 2 mars 2005 que « l'élément de preuve, fusse-t-il recueilli illégalement, ne devrait pas nécessairement être écarté des débats »¹⁸⁹.

184. Cass. (2^e ch.), 27 février 2001, R.G.A.R., 2002, p. 13605.

185. Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P030762N ; www.cass.be ; Cass. (2^e ch.), 23 mars 2003, R.G. n° P040012N, www.cass.be ; Cass. (2^e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P040644N, www.cass.be. Voyez également Cass., 2 mars 2005, J.T., 2005, pp. 212 et s., conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH.

186. Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P030762N ; www.cass.be ; Cass. (2^e ch.), 23 mars 2003, R.G. n° P040012N, www.cass.be.

187. Cass., 2 mars 2005, J.T., 2005, p. 211, conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH, J.L.M.B., 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT.

188. Cass., 21 novembre 2006, R.G. P060806N, www.cass.be ; Cass., 16 novembre 2004, R.G. P041127N, www.cass.be.

189. J.-F. LECLERCQ et D. DE ROY, *op. cit.*, p. 11

66. David De Roy et Jean-François Leclercq insistent sur la portée limitée des arrêts rendus par la Cour de cassation en cette matière : « Dans ce contentieux, la Cour de cassation n'est pas invitée à se prononcer directement sur les droits et obligations qui, au titre de la protection de la vie privée, caractérisent la relation de travail entre l'employeur et le travailleur ; tout au plus elle précisait la légalité de décision juridictionnelle statuant sur des poursuites répressives ou rendues en cours d'instruction, suite à des faits survenus dans l'exécution du contrôle de travail. C'est donc au regard de cet objet spécifique de contrôle que doit être appréhendée la jurisprudence de la Cour »¹⁹⁰.

Nonobstant cette nuance quant à la portée de cette jurisprudence, il demeure qu'elle pourrait avoir des répercussions importantes sur le principe de l'écartement des preuves recueillies au mépris des droits des travailleurs. Il convient toutefois de noter que, jusqu'à présent, les juridictions sociales semblent vouloir limiter la jurisprudence de la Cour de cassation à la sphère pénale. Dans une décision du tribunal du travail de Bruxelles du 16 mars 2006 mettant en jeu la recevabilité d'une preuve consistant en une vidéo obtenue en violation de l'obligation d'information préalable prévue par la C.C.T. n° 68, le tribunal a affirmé que la jurisprudence de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 2005 ne trouvait pas à s'appliquer dans les litiges civils¹⁹¹. La cour du travail de Bruxelles dans un arrêt du 9 janvier 2007¹⁹² et le tribunal du travail de Liège¹⁹³ dans une décision du 6 mars 2007 ont confirmé la règle de l'écartement des preuves obtenues illicitement dans des litiges civils¹⁹⁴.

190. J.F. LECLERCQ et D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de protection de la vie privée dans le cadre des relations de travail », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 6.

191. Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit cité par F. GILLET, « Une preuve obtenue en violation des dispositions de la C.C.T. n° 68 est illicite, de même que l'avou obtenu sur cette base », www.hrttoday.be.

192. C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 9 janvier 2007, R.G. n° 45.657, inédit ; voyez également à ce sujet F. GILLET, « Écartement d'une preuve irrégulièrement obtenue », www.hrttoday.be.

193. Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, R.G. n° 358.225, www.cass.be, et note de K. ROSIER et S. GILSON à paraître dans la *R.R.D.*, 2007.

194. Pour une application de la jurisprudence de la Cour de cassation, voyez l'arrêt rendu par la cour d'appel de Mons le 2 mai 2005 (Mons, 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 438) dans un litige opposant un garagiste et l'auteur de dégradations infligées à des véhicules appartenant au premier. Le garagiste retrouvait régulièrement les véhicules lui appartenant avec des pneus crevés et en désespoir de cause avait installé une caméra pour confondre le coupable. Il produit une photographie issue de la vidéo ayant filmé l'auteur des faits pour réclamer des dommages et intérêts à ce dernier qui avait, entretemps, été identifié par la police. La cour n'écarte pas la photographie produite en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation.

b) L'indemnisation du dommage

67. Si la principale sanction réservée à la production d'une preuve obtenue irrégulièrement est que celle-ci sera en principe écartée des débats, il reste que le juge peut également octroyer à la personne concernée des dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la violation de la vie privée.

Dans deux décisions récentes le juge a octroyé des dommages et intérêts dans ce cadre. Dans un jugement du 6 mars 2007¹⁹⁵, le tribunal du travail de Liège a considéré que, nonobstant le fait qu'il y ait un motif grave constaté et validé, l'employeur a, en obtenant des images de façon irrégulière, manqué au principe de la loyauté dans le cadre de l'exécution de contrat de travail. Il estime que cela constitue un manquement à l'article 16 de la loi sur le contrat de travail ainsi qu'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Ce faisant, le tribunal épingle le recueil de la preuve par caméra de manière irrégulière comme constituant un comportement fautif réalisé au cours du processus ayant abouti au licenciement. Il qualifie ce comportement de « faute dans l'exercice du droit de licencier au sens large ». Le tribunal juge également que la travailleuse démontre avoir subi un dommage du fait de ce comportement fautif, dommage consistant en une atteinte à sa vie privée¹⁹⁶.

Dans un arrêt du 11 janvier 2007, la cour du travail de Liège¹⁹⁷ avait également octroyé des dommages et intérêts en raison de la production de courriers électroniques dont l'employeur avait irrégulièrement pris connaissance. En sus de l'écartement des dits courriers électroniques des débats, la travailleuse avait sollicité, en l'incluant dans les dommages et intérêts réclamés pour licenciement abusif, une indemnisation également pour la production irrégulière des courriels litigieux. La cour relève que « si cette production est destinée à contraindre la demande portant sur l'indemnité pour abus de droit de licenciement, il n'en résulte pas pour autant que cette violation de la vie privée soit à l'origine du licenciement. La demande de réparation formulée doit donc recevoir une autre qualification ». La cour considère que la prise de connaissance de courriel ainsi que le fait de les imprimer et de les produire en justice relèvent d'une défense en justice abusive et estime que l'écartement de cette pièce ne suffit pas à réparer le dommage et octroie à la travailleuse des dommages et intérêts¹⁹⁸.

195. Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, R.G. n° 358.925, www.cass.be.

196. Pour un commentaire détaillé de cette décision, voyez : K. ROSIER et S. GILSON, « Non-respect de la vie privée du travailleur dans le recueil de la preuve du motif grave : quand l'abusé devient abuseur... », note sous trib. trav. Liège, 6 mars 2007 et C. trav. Liège, 11 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, à paraître.

197. C. trav. Liège (section de Namur), 11 janvier 2007, R.G. n° 8038/2006, www.cass.be.

198. Pour un commentaire détaillé de cette décision, voyez : K. ROSIER et S. GILSON, *op. cit.*, 2007, à paraître.

c) Sort des aveux obtenus suite à la confrontation avec une preuve recueillie de manière illicite

68. Nous aborderons *infra* le rôle de l'aveu comme mode de preuve. Retenons simplement à ce stade qu'un aveu extrajudiciaire des faits signé par le travailleur peut être retenu comme un moyen de preuve sauf s'il est atteint d'une contrainte¹⁹⁹.

En ce qui concerne le sort des aveux recueillis suite à la confrontation de leur auteur avec une preuve illicitement recueillie, il est généralement admis que ceux-ci doivent être écartés tout comme la preuve à l'origine desdits aveux²⁰⁰.

Dans une affaire tranchée le 14 décembre 2004, la cour du travail de Bruxelles a estimé irrecevable la preuve consistant en un aveu de l'employé induit par la confrontation à des données irrégulièrement recueillies. La cour a considéré que l'obtention de copies de courriers électroniques lors d'un contrôle effectué sans intervention préalable était non seulement disproportionnée mais qu'elle violait également la loi du 8 décembre 1992 et l'article 109ter D, 3° de la loi Télécom²⁰¹. Dans le même sens, le tribunal de Bruxelles a considéré que les aveux obtenus dans la foulée du visionnage d'images vidéo obtenue en méconnaissance de la C.C.T. n° 68 doivent également être écartés en tant que moyen de preuve du motif grave invoqué²⁰². On trouve également de la jurisprudence allant dans le même sens en matière de fouilles opérées au mépris du respect de la vie privée du travailleur²⁰³.

Dans une décision du 8 avril 2003, le tribunal du travail de Bruxelles n'a, par contre, pas écarté des aveux obtenus à la suite d'une confrontation avec une preuve recueillie illégalement. Après avoir relevé l'ensemble des dispositions applicables en matière de contrôle par l'employeur des données électroniques de ses employés, le tribunal a considéré que des données obtenues lors d'un contrôle exercé, sans information adéquate préalable des employés à ce propos et sans l'accord de l'employé concerné, devaient être écartées des débats. S'est alors posée la question des aveux de l'employé obtenus lors de la

199. Trib. trav. Courtrai, 2 octobre 1979, *R.D.S.*, 1983, p. 454 ; trib. trav. Bruxelles, 15 octobre 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 130 ; trib. trav. Tournai, 20 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 815.

200. Voy. Cass., 18 avril 1985, *Pas.*, I, p. 1008.

201. C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerrecht*, 2005, p. 313.

202. Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, R.G. 358.225, *www.cass.be* ; voyez également dans le même sens trib. trav. Bruxelles (2^e ch.), 15 juin 2006, *www.cass.be* ; trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, *loc.cit.*.

203. Trib. trav. Nivelles, 8 février 2002, R.G. n° 99N1590, *www.cass.be* ; trib. trav. Nivelles (1^{re} ch.), 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181.

confrontation de celui-ci avec les données recueillies sur la consultation des sites internet. Le tribunal n'a pas écarté les aveux mais a par contre estimé que ceux-ci ne permettaient pas de déterminer le nombre de sites ainsi consultés²⁰⁴. Autrement dit, le tribunal a pris en compte ces aveux mais a estimé qu'ils ne suffisaient pas à établir l'existence de circonstances justifiant un licenciement pour motif grave.

B. Illustrations

69. Nous faisons état ci-après de quelques décisions illustrant l'application de ces principes dans le cadre de différentes thématiques que nous avons sélectionnées et qui ne représentent toutefois pas l'ensemble du contentieux devant les juridictions du travail sur la question. Les décisions de jurisprudence relatives à la licéité de la collecte de la preuve s'inscrivent généralement dans le contexte d'un licenciement pour motif grave dont l'employeur tente d'établir la preuve.

1. Première illustration : la correspondance

70. Si bon nombre de copie de courriers sont soumises aux tribunaux sans qu'aucune partie n'y trouve à redire, il existe toutefois une catégorie d'écrits qui ne peuvent être produits eu égard au secret de la correspondance.

71. Il nous faut d'abord constater que ce terme « correspondance » reçoit dans ce cadre une acception large. Il couvre tout d'abord les lettres ou messages échangés par voie postale, remis de la main à la main ou encore déposés à l'attention d'une personne. Dans un arrêt du 23 mars 2003, la cour du travail de Liège a défini la correspondance comme un « échange épistolaire confié à la poste ou à un organisme chargé de la distribution du courrier ». Elle souligne que le principe de l'inviolabilité des lettres sanctionné à l'article 29 de la Constitution et 460 du Code pénal vaut à l'égard des autorités publiques mais qu'une fois la lettre remise à destination, ce sont les principes du droit privé qui garantissent le secret des correspondances vis-à-vis des citoyens entre eux. Dans ce cadre, la lettre en tant que message écrit adressé par une personne à une autre en vue de lui faire une communication (qui vise donc également les courriers remis en mains propres à un destinataire ou déposés à son intention) est protégée mais sur la base, non du principe de l'inviolabilité des lettres, mais sur celle des principes de droit privé liés au respect de la vie privée²⁰⁵.

204. Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, pp. 208 et s.

205. C. trav. Liège, 23 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 73.

La cour du travail de Liège, dans un arrêt du 25 avril 2002, a appliqué cette même exigence de respect de la vie privée à l'égard d'un carnet destiné à consigner les observations confidentielles d'un patient et de son psychologue²⁰⁶. La cour avait considéré que le respect de la vie privée englobait tout écrit confidentiel, même si le carnet en question ne pouvait être qualifié de correspondance au sens de l'article 29 de la Constitution et de l'article 460 du Code pénal. Par contre, la cour du travail de Liège relève dans un arrêt du 23 mars 2004 que les courriers électroniques ne sont pas protégés par le secret de la correspondance dès lors qu'ils se trouvent protégés en tant que communications électroniques^{207 208}.

72. La protection de la correspondance s'adresse cependant aux courriers confidentiels et non aux courriers d'entreprise. Il appartient au juge de déterminer si un courrier est ou non confidentiel²⁰⁹.

73. La question de la production d'une lettre ou missive qui pourrait enfreindre le respect de la vie privée par un tiers qui n'est ni l'auteur, ni le signataire est délicate. On rencontre des décisions qui divergent sur les conditions dans lesquelles un tel document peut être produit. Ainsi selon une certaine jurisprudence, si le tiers s'est procuré régulièrement la lettre, il est admis qu'il puisse la produire²¹⁰. D'autres décisions recensées estiment qu'une correspondance qui serait confidentielle doit être rejetée des débats à moins qu'elle ne soit produite avec l'accord de son auteur²¹¹.

2. Deuxième illustration : la preuve par caméra

74. La question de la licéité de la preuve par caméra reste problématique. Elle met en jeu non seulement le respect de la vie privée *stricto sensu* mais également le respect de dispositions légales applicables au traitement de données à caractère personnel ainsi que, éventuellement, la Convention collective de

travail n° 68 du 16 juin 1998 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméra sur le lieu de travail²¹². La législation en matière de vidéosurveillance se trouve en outre désormais enrichie par un autre texte puisque la loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance est depuis peu en vigueur²¹³. L'article 3 de cette loi précise qu'elle est applicable à l'installation et à l'utilisation de caméras de surveillance en vue d'assurer la surveillance et le contrôle de lieux ouverts, des lieux fermés accessibles au public ainsi que des lieux fermés non accessibles au public. L'article 3, alinéa 4, de la loi dispose que celle-ci n'est, par contre, pas applicable à l'utilisation de caméras de surveillance destinées à garantir, sur le lieu du travail, la sécurité et la santé, la protection des biens de l'entreprise, le contrôle du processus de production et le contrôle du travail du travailleur.

Ceci implique que l'on pourrait rencontrer des régimes différents selon la finalité d'utilisation de la caméra. Dès lors que le recours à la caméra vise à garantir la sécurité des travailleurs ou le contrôle du travail des travailleurs, il reste soumis à la législation propre au secteur c'est-à-dire à la C.C.T. n° 68. Par contre, lorsque l'installation de caméras poursuit un autre but comme par exemple la surveillance du bâtiment, la sécurité qui ne serait plus celle des travailleurs mais par exemple celle d'un client, serait, elle, soumise uniquement à la loi du 21 mars 2007²¹⁴. Ceci influe sur les conditions à respecter quant à l'obtention d'une preuve selon la finalité de la vidéosurveillance à l'occasion de laquelle les images sont recueillies.

75. En dépit de cette abondante législation, on constate cependant également une certaine variabilité dans la jurisprudence sur la question de la licéité de ce moyen de preuve avec toutefois une tendance plus récente à vérifier le respect des dispositions précitées.

212. Rendue obligatoire par arrêté royal du 20 septembre 1998, *M.B.*, 2 octobre 1998, p. 32486.

213. Loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance, *M.B.*, 31 mai 2007, p. 29529.

214. Il nous faut remarquer que dans nombre de cas, les deux types de finalités vont se confondre puisque dès lors que l'on envisage de placer des caméras aux lieux d'accès du bâtiment, cette installation pourrait être comprise comme visant également à protéger les travailleurs. Est-ce à dire que les deux lois s'appliquent cumulativement ? L'exposé des motifs de la proposition de loi telle qu'elle a été déposée au Sénat, précise que la loi ne s'appliquera pas si l'utilisation de caméras fait l'objet d'une réglementation sectorielle applicable (projet de loi réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, S.3-1734). La C.C.T. n° 68 est expressément citée. Ceci impliquerait que ce n'est que dans la mesure où les finalités poursuivies par l'utilisation de la caméra ne s'inscrivent pas dans le cadre de la C.C.T. n° 68 que la nouvelle loi sera applicable.

Ainsi, la cour du travail de Liège a admis à des fins de preuve des bandes vidéo d'un casino mettant en évidence un comportement fautif de deux employés sans examiner la question d'une éventuelle violation de la vie privée²¹⁵. De même, la cour du travail de Liège a reçu, comme moyen de preuve, des images filmées enregistrées attestant des faits de vols²¹⁶. La cour du travail de Bruxelles a, quant à elle, admis la production d'une vidéo réalisée par un détective privé après avoir résolu que celle-ci avait été réalisée dans le respect des dispositions de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé²¹⁷.

Par contre, La cour du travail d'Anvers rejette des images vidéo en tant que preuve dès lors que celles-ci ont été obtenues en méconnaissance de la loi du 8 décembre 1992 et de la C.C.T. n° 68²¹⁸. De même, dans une affaire civile, le tribunal du travail de Charleroi a écarté des enregistrements vidéo comme preuve de vols effectués dans l'entreprise par un travailleur au motif que l'employeur n'établissait pas avoir obtenu ces images dans le respect de la C.C.T. n° 68²¹⁹. On notera encore que le tribunal du travail de Bruxelles, dans un jugement du 16 mars 2006 évoqué *supra*, et la cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 15 juin 2006, ont écarté la preuve obtenue en violation de la C.C.T. et ont, en sus, considéré que les aveux recueillis par l'employeur lors du visionnement de la bande vidéo étaient irrecevables également²²⁰.

3. Troisième illustration : la preuve par communications électroniques et par des données de communications électroniques

a) Les courriers électroniques et l'usage d'Internet

76. Les litiges impliquant la production de données électroniques se sont multipliés ces dernières années devant les juridictions du travail. Il s'agit généralement de cas dans lesquels l'employeur tente de justifier un licenciement pour motif grave en s'appuyant sur des copies d'*e-mail*, des informations échangées sur un intranet de l'entreprise, la consultation de l'Internet, l'envoi

de S.M.S. etc. Lorsque l'employeur exerce un contrôle *a priori* ou *a posteriori* sur l'usage qu'un travailleur fait des outils de communication électronique, le juge apprécie si la preuve a été ou non régulièrement recueillie en confrontant la manière dont l'employeur s'est procuré les preuves avec les règles en vigueur.

Un tel contrôle opéré par l'employeur sera régulier s'il est conforme à :

- l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme,
- l'article 22 de la Constitution,
- l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques qui remplace l'article 109^{ter} D de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (loi Télécom),
- l'article 314^{bis} du Code pénal,
- la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel,
- mais également, depuis 2002, à la C.C.T. n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau²²¹.

Aux termes de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (et de l'ancien article 109^{ter} D de la loi Telecom), il est interdit notamment de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques relatives à une autre personne ou de révéler, de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non sauf moyennant l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information. Par « données de communication électroniques », on vise les données relatives aux communications électroniques qui transitent par réseau telles l'adresse e-mail de l'expéditeur et du destinataire, l'heure de l'envoi et de la réception, les données de routages, la taille du message, la présence de pièces jointes, etc.²²².

221. Rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002, M.B., 29 juin 2002, p. 29489. Voyez l'arrêt de la cour du travail d'Anvers qui considère que le contrôle des e-mails professionnel reste soumis à l'article 8 de la C.E.D.H., des articles 314^{bis} du Code pénal et 109^{ter} D de la loi du 21 mars 1991 (C. trav. Anvers, 15 décembre 2004, R.G. n° 2004-0295, www.cass.be).

222. O. RIJCKAERT, « Le contrat de travail face aux nouvelles technologies », *Orientations*, 2000, p. 210. Pour un cas d'application voyez : C. trav. Anvers, 10 février 2004, disponible sur www.juridat.be.

215. C. trav. Liège, 18 décembre 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 456.

216. C. trav. Bruxelles, 27 juin 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 47 ; C. trav. Liège, 25 janvier 2001, *Chron. D.S.*, 2001, p. 491.

217. C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, R.G. n° 31688, www.cass.be.

218. C. trav. Anvers (section de Hasselt), 6 janvier 2003, R.G. 20100233, www.cass.be.

219. Trib. trav. Charleroi, 4 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 97.

220. Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit cité par F. GILLET, « Une preuve obtenue en violation des dispositions de la C.C.T. n° 68 est illicite, de même que l'aveu obtenu sur cette base », www.hrttoday.be ; C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, liv. 958, p. 392, note.

La doctrine et la jurisprudence estiment généralement que la protection perdue après que la transmission soit achevée ²²³.

Bien que le libellé de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 diffère légèrement de celui de l'article 109^{ter} D, il ne semble pas qu'il ait été dans l'intention du législateur de réformer la portée de la disposition pour étendre la protection au contenu des courriers électroniques (l'article 124, 1° se réfère toujours à l'existence d'une information et non à l'information elle-même). Néanmoins le quatrième alinéa utilise directement le terme information, comme si l'information elle-même, contenue dans le courrier électronique, était protégée. Il conviendra de suivre l'interprétation qui sera donnée à cette disposition par la doctrine et la jurisprudence.

Ceci étant, le contenu du courrier électronique est toujours protégé par les articles 314^{bis} et 259^{bis} du Code pénal qui n'ont pas été abrogés lors de l'adoption de la nouvelle loi du 13 juin 2005.

L'article 314^{bis} du Code pénal, de portée générale, et l'article 259^{bis} qui s'applique plus spécifiquement aux fonctionnaires, prescrivent une interdiction à quiconque, sauf consentement de toutes les parties à la communication, de prendre connaissance du *contenu des communications* pendant leur transmission et de détenir, révéler ou divulguer à une autre personne le contenu de communications ou de télécommunications privées, illégalement écoutées ou enregistrées, ou dont il a pris connaissance illégalement, ou d'utiliser sciemment d'une manière quelconque une information obtenue de cette façon. La protection ne concerne que les communications privées. Par « communications privées », on vise les communications qui ne sont pas destinées à être « entendues » – ou plutôt dans le contexte des communications électroniques « lues » – par tout un chacun ²²⁴. Ceci implique que le fait qu'une communication intervienne dans un contexte professionnel ne fait pas obstacle à ce qu'elle puisse être qualifiée de « privée ».

Par ailleurs, il est important de noter qu'au contraire de la protection relative aux données de communication, la protection relative au contenu des communications électroniques n'intervient que *pendant la transmission*. Dès

223. Trib. trav. Bruxelles, 22 juin 2000, *Computerrecht*, 2001/6, p. 311 ; trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, R.G. 2020348, www.cass.be ; trib. trav. Bruxelles, 2 octobre 2004, R.G. 44002, www.cass.be ; C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, R.G. 45922, www.cass.be. Voyez par exemple : O. RIJCKAERT, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, multiples contraintes », *loc. cit.*, pp. 42-43 ; P. DE HERT, « CAO nr 81 en advies nr 10/2000 over controle van Internet en Email », *R.W.*, 2002-2003, p. 1287.

224. Th. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 188.

lors que la transmission du courrier électronique est achevée, la protection du contenu n'existe plus ²²⁵.

Ces dispositions font donc obstacle, sinon à la prise de connaissance du contenu des communications électroniques, à tout le moins à la prise de connaissance des données de communications. Or la prise de connaissance du contenu d'une communication entraînera souvent la prise de connaissance des données de communication (adresse électronique de l'expéditeur et du destinataire, date et heure de la communication, ...) si bien que l'interdiction – non limitée à la durée de la transmission – de la prise de connaissance des données de communication constituera alors un obstacle à la prise de connaissance du contenu de la communication.

Pour répondre au besoin de contrôle des employeurs, les partenaires sociaux ont négocié la C.C.T. n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau ²²⁶. Le principe qui y est posé est que l'employeur peut déterminer les conditions d'utilisation des outils qu'il met à la disposition de ses travailleurs et donc, le cas échéant en interdire tout usage à des fins privées. Néanmoins, l'employeur ne pourra pas, même dans ce cas, effectuer un contrôle de cette utilisation des outils sans respecter certaines conditions définies dans la C.C.T. et qui assurent le respect des principes de finalité, de proportionnalité et de transparence. La C.C.T. ne vise toutefois que le contrôle des données de communication et non le contenu des communications. L'employeur ne peut donc jamais prendre connaissance du contenu d'une communication électronique sur la base de la C.C.T. Enfin, les partenaires

225. Certains auteurs considèrent implicitement que l'enregistrement automatique d'une copie du courrier électronique sur le serveur mail d'une entreprise avant sa « distribution » à son destinataire final intervient pendant la transmission (P. DE HERDT, « C.A.O. nr 81 en advies nr 10/2000 over controle van Internet en e-mail », *loc. cit.*, p. 1285 et O. RIJCKAERT, « Le contrat de travail face aux nouvelles technologies », *Orientations*, 2000, p. 208). En toute hypothèse, il nous faut constater que, dans la plupart des cas, la prise de connaissance d'un courrier électronique interviendra alors que le courrier est parvenu à son destinataire, que celui-ci ait ou non ouvert ledit courrier. Les interdictions des dispositions en question ne seront dès lors pas applicables.

Les articles 314^{bis} et 259^{bis} ont été manifestement pensés par rapport au cas des communications téléphoniques et leur application stricte aux communications électroniques qui conduit à exclure l'interdiction de prise de connaissance du contenu aux communications électroniques parvenues à leur destinataire ne satisfait pas tous les auteurs (voyez à cet égard P. DE HERDT qui en appelle à une interprétation évolutive de cette disposition (P. DE HERDT, « C.A.O. nr 81 en advies nr 10/2000 over controle van Internet en e-mail », *loc. cit.*, pp. 1284 et 1285).

226. La C.C.T. n° 81 a été adoptée le 26 avril 2002 et a été rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002. Elle s'inspire largement des principes définis par la Commission de la protection de la vie privée dans son avis d'initiative 10/2000 relatif à la surveillance par l'employeur de l'utilisation du système informatique sur le lieu de travail (www.privacy.fgov.be).

sociaux ont exclu du champ d'application de la C.C.T. les communications dont la nature professionnelle n'est pas contestée par le travailleur.

Le contrôle de l'usage des e-mails ou de l'Internet s'inscrit cependant dans le cadre législatif plus large – décrit ci-dessus – que celui de la C.C.T. n° 81 et qui proscriit, en principe, la prise de connaissance des données de communications électroniques sans le consentement de toutes les parties concernées. Ce consentement est en pratique impossible à obtenir du fait notamment que des tiers à l'entreprise sont généralement concernés. Cette réglementation est donc très rigide puisqu'elle n'opère par exemple aucune distinction entre le sort à réserver aux communications électroniques de nature professionnelle et à celles à caractère privé.

La C.C.T. offre un cadre très utile pour permettre un certain contrôle de l'employeur de l'utilisation par les employés des moyens de communications électroniques. On peut toutefois s'interroger sur la compatibilité du régime de contrôle autorisé par la C.C.T. n° 81 avec les dispositions légales précitées qui, telles qu'interprétées, impliquent l'interdiction de prendre connaissance des données de communications, même dans le respect des conditions posées par la C.C.T. ²²⁷.

77. Un examen des décisions rendues en la matière nous amène à plusieurs constats.

La plupart des décisions (surtout les plus anciennes) que nous avons pu recenser en la matière ²²⁸ ne tiennent pas compte de tout ou partie de ces textes législatifs. Dans un certain nombre de cas, le juge a même reçu les éléments de preuve sans examiner la recevabilité de ceux-ci. Ainsi, le tribunal du travail de Bruxelles a pris en compte des listes de fichiers à caractère privé extraites de l'ordinateur utilisé par l'employé ainsi que la copie de courriers électroniques reçus et envoyés par celui-ci sans que ne soit soulevée la question de la recevabilité de ces documents ²²⁹. Par ailleurs, à propos de la production d'une liste de sites web à caractère pornographique produite par un employeur à l'appui d'un licenciement pour motif grave, la cour du travail de Bruxelles a estimé que cette preuve n'était pas recevable du fait qu'elle avait pu être fabriquée de toute pièce par l'employeur. La question de la violation des règles applicables en matière de contrôle de l'usage des outils informatiques par l'employé n'est toutefois pas abordée ²³⁰.

227. Avec O. Rijckaert, nous considérons qu'une convention collective de travail, fût-elle rendue obligatoire par arrêté royal, ne peut déroger à une disposition contenue dans une loi et dont le non-respect est, du reste, sanctionné pénalement (O. RIJCKAERT, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, multiples contraintes », *loc. cit.*, p. 43).

228. En sus des décisions évoquées *infra*, voyez également les décisions inédites commentées par R. DE BAERDEMAEKER et M. KOKOT, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *J.T.T.*, 2006, pp. 8 à 11.

229. Trib. trav. Bruxelles (16^e ch.), 19 avril 1999, R.G. n° 70.520/98, www.droit-technologie.org.

230. C. trav. Bruxelles, 7 mars 2003, R.G., n°42718, www.cass.be.

Par ailleurs, le moins que l'on puisse dire c'est que la jurisprudence rendue en la matière est extrêmement variable et aboutit à des solutions tout à fait différentes d'un cas à l'autre. Nous nous permettons de mettre ici en évidence certaines caractéristiques de la jurisprudence recensée.

1° Première hypothèse : informations « subtilisées » par l'employeur

78. L'application cumulative des différents textes légaux régissant la matière et rappelés ci-avant rend extrêmement difficile la prise de connaissance par l'employeur de données de communications ou de contenus de communications électroniques. Certaines décisions, faisant fi de ces dispositions, font prévaloir le droit de contrôler les travailleurs mis en balance avec le droit, non absolu, au respect de sa vie privée. On notera d'ailleurs que certains auteurs estiment qu'un tel contrôle peut être réalisé en toute légalité si l'on admet qu'il est permis par l'application des articles 16 et/ou 17, 2° de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail ²³¹. De ce fait, ils n'emportent pas de violation de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 et de l'ancien article 109ter D de la loi Télécom dès lors qu'ils s'inscrivent dans le cadre de l'exception prévue à cet égard par les articles 125, § 1, 1° de la loi du 13 juin 2005 et de l'article 109ter E, § 1° de la loi Télécom. Ces deux dispositions prévoient, en effet, que les interdictions prévues aux articles 124 et 109ter D et les articles 259bis et 314bis du Code pénal ne sont pas d'application lorsque la loi permet ou impose l'accomplissement des actes qui y sont visés.

Certaines décisions font prévaloir la nécessité d'un contrôle de l'employeur :

- Le tribunal du travail de Bruxelles a admis la production d'un courrier électronique et de la photographie à caractère pornographique annexée à celui-ci nonobstant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 109ter D, 3° de la loi Télécom. Il a fondé sa décision sur le fait que le droit à la vie privée n'était pas absolu et que ledit courrier ne revêtait pas un caractère privé car il était adressé à divers collègues (ce qui nous paraît contestable). Il en a conclu que l'employeur pouvait, sans violer la vie privée de son employé, prendre copie de l'e-mail afin d'assurer le respect des bonnes mœurs au sein du service ²³².
- Le tribunal du travail de Bruxelles a admis la production d'informations sur le nombre de courriers électroniques, les dates et heures auxquelles ceux-ci avaient été échangés (mais pas le contenu de ceux-ci) pour prouver l'existence de nombreux courriers électroniques échangés à des fins

231. Pour un exposé de cette thèse et une critique de celle-ci, voyez O. RIJCKAERT, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, multiples contraintes », *loc. cit.*, p. 51.

232. Trib. trav. Bruxelles (12^e ch.), 22 juin 2000, *Computerrecht*, 2001/6, p. 312.

privées durant les heures de travail en se fondant sur le fait que le droit à la vie privée n'étant pas absolu, un contrôle était dès lors permis dans la mesure où celui-ci était nécessaire, indispensable et proportionné ²³³.

79. D'autres décisions considèrent que le respect de la vie privée doit prévaloir :

- Le tribunal du travail de Verviers a écarté des débats les preuves obtenues suite à un contrôle opéré sur l'ordinateur personnel d'un employé et mettant en évidence l'existence d'une activité professionnelle parallèle dans son chef au motif que celles-ci avaient été recueillies en violation de l'article 29 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ²³⁴.
- Dans un litige relatif à la régularité d'un licenciement pour faute grave fondé sur l'existence d'une activité professionnelle exercée pendant les heures de travail, la cour du travail d'Anvers a écarté les copies de courriers électroniques y relatifs et obtenus par l'employeur en consultant la boîte e-mail de l'employeur en son absence. La cour a considéré que ceux-ci avaient été obtenus en violation de la vie privée compte tenu du fait qu'en l'espèce l'exigence de finalité, de proportionnalité et de relevance dans le contrôle n'était pas rencontrée ²³⁵.

80. Quant aux éléments pris en compte par le juge pour se prononcer sur la recevabilité des preuves, ceux-ci divergent également.

Ainsi plusieurs décisions se basent sur le contexte au sein duquel le contrôle est opéré ²³⁶, et en particulier sur la satisfaction ou non de l'exigence d'information préalable ²³⁷.

233. Trib. trav. Bruxelles, 2 mai 2000, R.G. n° 1.471/99, www.droit-technologie.org.

234. Trib. trav. Verviers, 20 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 183.

235. C. trav. Anvers, 1^{er} octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 510.

236. Ainsi pour apprécier si le contrôle est effectué dans le respect des principes de légalité, de proportionnalité et de finalité, le tribunal du travail de Hasselt a eu égard à la circonstance que le portable de l'employé avait été remis à un huissier pour qu'il procède à un constat concernant l'historique des sites consultés. Le tribunal en déduit que l'intention de l'employeur était clairement de trouver dans la consultation de cet historique un motif pour licencier le travailleur et considère que ce procédé viole le principe de proportionnalité (trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, R.G. n° 2020348, www.cass.be).

237. Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, pp. 208 et s. ; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerrecht*, 2005, p. 313 ; C. trav. Liège, 20 mars 2006, R.G. 33.137/05, www.cass.be ; pour un commentaire de cette décision voyez : K. ROSIER et S. GILSON, « Usage pour les travailleurs à des fins privées de l'outil informatique de l'employeur : la délicate application du congé pour motif grave et de la C.C.T. 81 », note sous C. trav. Liège, 20 mars 2006, *R.R.D.*, 2006, pp. 89-101 ; trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, pp. 208 et s. ; C. trav. Anvers (section Anvers), 1^{er} octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 510.

À noter que certaines décisions prennent en compte l'accessibilité des informations stockées sur un ordinateur pour considérer qu'elles perdraient leur caractère « privé ». Dans une décision rendue le 22 octobre 2002, le tribunal du travail de Malines a ainsi considéré que dès lors que tout un chacun pouvait potentiellement utiliser le poste de travail de ses collègues, les codes d'accès n'étant ni personnels ni confidentiels, l'échange de courriers électroniques entre collègues revêtait un caractère public plutôt que privé. Le travailleur licencié pour avoir tenu des propos inconvenants à l'encontre d'un autre travailleur dans un e-mail ne pouvait dès lors se retrancher derrière une violation de sa vie privée ²³⁸.

Plus récemment, la cour du travail de Liège s'est également fondée sur le caractère accessible de tous des messages échangés en interne dans l'entreprise pour considérer que ces messages ne revêtaient pas un caractère privé et n'étaient dès lors pas protégés par la protection de la vie privée ou par le secret de la correspondance ²³⁹. Le critère retenu dans l'arrêt commenté pour délimiter la protection nous paraît problématique au regard du droit au respect de la protection de la vie privée. En effet, la protection de la vie privée au travail consacrée notamment par l'arrêt Niemitz de la Convention européenne des droits de l'homme ne se limite pas à la correspondance ²⁴⁰. Ainsi, selon nous, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 22 de la Constitution belge imposent que l'on ne puisse en principe pas, à l'insu du travailleur, prendre connaissance de documents à caractère privé stockés sur l'ordinateur qui lui est attribué ²⁴¹.

Le fait que le travailleur puisse concevoir que, techniquement, tout qui se servirait de l'ordinateur pourrait prendre connaissance du document nous semble être un critère insatisfaisant pour exclure la protection de la vie privée. Si une ingérence est possible dans la vie privée du travailleur, celle-ci doit satisfaire aux critères de légalité, de finalité et de proportionnalité. En particulier, le critère de légalité commande que la personne concernée ait été

238. Cette analyse nous paraît critiquable au regard du principe selon lequel une communication est privée dès lors qu'elle n'est pas destinée à tout un chacun, peu importe que d'autres personnes que le destinataire puisse techniquement en prendre connaissance.

239. C. trav. Liège, 20 mars 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 89-101, note K. ROSIER et S. GILSON, « Usage pour les travailleurs à des fins privées de l'outil informatique de l'employeur : la délicate application du congé pour motif grave et de la C.C.T. 81 ».

240. Affaire Niemietz c. Allemagne, Cour eur. D.H., 23 novembre 1992, Série A N° 251/B, § 29 ; Halford vs. Royaume-Uni, 25 juin 1997, *Rec.*, 1997 - , 39.

241. Cass. fr., 17 mai 2005, n° 03-40.017 ; Cass. fr., 2 octobre 2001, arrêt n° 4164 (dit arrêt NIKON) ; trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 197.

informée de la possibilité d'un tel acte ²⁴². Or, en l'espèce, la Cour se contente de constater qu'elle aurait pu le concevoir sans se soucier des informations que la travailleuse aurait concrètement reçues de son employeur.

D'autres décisions, par contre, insistent sur le fait que des données électroniques ne peuvent être produites sans le *consentement* du travailleur et/ou des autres parties à la communication et, à défaut, déclarent la preuve irrecevable ²⁴³. Ainsi :

- Le tribunal du travail de Bruxelles a écarté la copie d'un courrier électronique émanant d'un tiers produite par un employeur pour établir l'existence d'un abonnement à caractère pornographique dans le chef de son employé et adressée à ce dernier au motif que l'employeur avait obtenu copie de ce courrier sans son consentement ²⁴⁴.
- La cour du travail de Gand a écarté des disquettes informatiques produites par l'employeur pour prouver l'échange de correspondance privée à partir du matériel informatique de l'entreprise au motif que le tiers concerné par cette correspondance n'avait pas marqué son accord sur cette communication ²⁴⁵.
- De même, la cour du travail d'Anvers a écarté des débats des courriers électroniques consultés et imprimés par un employeur sans le consentement de ce dernier et a même condamné l'employeur à verser une indemnisation pour compenser le dommage moral résultant de la violation de sa vie privée ²⁴⁶.
- La cour du travail de Bruxelles a également écarté des débats des courriers électroniques et S.M.S. versés par l'employeur pour établir des faits de harcèlement sexuel dans le chef de l'employé licencié dès lors que ceux-ci avaient été obtenus sans le consentement de l'employé et donc en violation de l'article 109ter D, 3° de la loi du 21 mars 1991 ²⁴⁷.

242. F. HENDRICKX, « Privacy en arbeidsrecht », *Jura Falconis*, 1998-99, n° 4, pp. 625-626 ; Th. CLAES et D. DEJONGHE, « Gebruik van e-mail en internet op de werkplaats en controle door de werkgever », *J.T.T.*, 2001, p. 122 ; O. RIJCKAERT, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, de multiples contraintes », *loc. cit.*, p. 54 ; J.-F. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, EJB, 2005, pp. 24 et 25.

243. Si les articles 109ter D et 124 précités exigent le consentement de toutes les personnes concernées par la communication, la plupart des décisions recensées se contentent de constater que le consentement de l'employé fait défaut.

244. Trib. trav. Bruxelles (12^e ch.), 22 juin 2000, *Computerrecht*, 2001/6, p. 312.

245. C. trav. Gand, 22 octobre 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 41.

246. C. trav. Anvers, 1^{er} octobre 2003, R.G. n° 2020381, *www.cass.be*.

247. C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 10 février 2004, R.G. n° 44002, *www.cass.be*.

- Dans un jugement du 21 octobre 2002, le tribunal du travail de Hasselt a estimé, au terme d'une analyse détaillée des dispositions applicables en matière de contrôle de l'usage de l'Internet, que la production par l'employeur du relevé de sites internet consultés par un travailleur n'était pas recevable notamment car en l'espèce le travailleur n'y avait pas consenti comme requis par l'article 109ter D de la loi du 21 mars 1991 ²⁴⁸.
- La cour d'appel de Bruxelles a été amenée à considérer que le consentement obtenu d'une travailleuse par l'employeur pour consulter certains de ses e-mails lors d'un entretien faisant état du trop grand nombre d'e-mails envoyés par celle-ci à des fins privées depuis son poste ne pouvait être considéré comme libre et éclairé dès lors que celle-ci se trouvait sous pression au moment où elle avait donné son autorisation ²⁴⁹.

Certaines décisions se contentent du consentement implicite du travailleur pour considérer que la preuve n'a pas été obtenue illicitement. En ce sens, la cour du travail d'Anvers a estimé, entre autres considérations, que le fait que la travailleuse licenciée pour avoir fait un usage intensif de l'e-mail à des fins privées avait communiqué à son collègue son mot de passe emportait son consentement implicite pour que ce dernier consulte ses e-mails ²⁵⁰.

Les décisions plus récentes rendues en la matière prennent en compte la C.C.T. n° 81. Ainsi, plusieurs décisions ont écarté les courriers électroniques obtenus en violation de la C.C.T. n° 81 ²⁵¹.

2° Deuxième hypothèse : courrier électronique remis à l'employeur par le destinataire

81. Un autre problème concerne la question de la licéité des courriers ou enregistrements produits par leur destinataire.

En ce qui concerne la production d'un enregistrement d'une communication téléphonique, S. Van Wassenhove relève qu'« une décision en matière de divorce a admis la production d'un enregistrement effectué sur la K7 du répondeur téléphonique par un de ses conjoints à l'intention de l'autre, au motif que celui qui est partie à la conversation ne peut s'opposer à

248. Trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, R.G. n° 2020348, *www.cass.be*.

249. C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, R.G. n° 46.114, *www.cass.be*.

250. C. trav. Anvers (section d'Anvers), 8 janvier 2003, R.G. n° 2020255, *www.cass.be* ; C. trav. Anvers (section de Hasselt), 15 novembre 2005, R.G. n° 2004-0348, *www.cass.be* ; C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, R.G. n° 46.114, *www.cass.be* ; C. trav. Liège (section de Namur), 11 janvier 2007, R.G. n° 8038/2006, *www.cass.be* et note de K. ROSIER et S. GILSON à paraître dans la *R.R.D.*

la production de l'enregistrement par son interlocuteur parce qu'il a été un participant » 252 253.

Cet arrêt se réfère à la jurisprudence de la Cour de cassation du 9 janvier 2001, qui autorise également la production d'un enregistrement produit par une des parties à la conversation.

On notera qu'en matière de S.M.S., le tribunal du travail de Bruxelles a, dans une décision du 10 février 2004 ²⁵⁴, considéré que la preuve ainsi obtenue par l'employeur devait être écartée au motif qu'il s'agissait d'une violation de l'article 109^{ter} D de la loi du 21 mars 1991. Pourtant le tribunal du travail de Liège ²⁵⁵ parvient à une toute autre conclusion en considérant, à propos d'un e-mail mais dans des circonstances comparables, que dès lors que la personne est régulièrement entrée en possession du message, elle est en droit de le transmettre à son employeur. La cour considère que le fait d'être le destinataire d'un message implique qu'on l'a obtenu de manière régulière. Cette conclusion se base sur le fait que la preuve a été ou non obtenue loyalement mais fait fi du fait qu'elle a ou non été obtenue de manière licite, c'est-à-dire sans violation de la loi.

La Cour de cassation française vient de rendre un arrêt mettant également en exergue le principe de loyauté dans l'obtention de la preuve « si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits S.M.S., dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur » ²⁵⁶.

82. Ces décisions mettent en jeu, à notre sens, deux aspects de la recevabilité de la preuve. On note, d'une part, une référence explicite à la question de la licéité de la preuve dans la décision du tribunal du travail du 10 février 2004. Pourtant, dans ce cas d'espèce on aperçoit mal quel obstacle à la production du message pouvait constituer l'application de l'article 109^{ter} D. Tant cette disposition que l'article 124 précité visent principalement des actes

252. S. VAN WASSENHOVE, « Le respect de la vie privée dans l'usage des nouvelles technologies », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 177.

253. Voyez dans le même sens : C. trav. Liège, 23 mai 1984, *J.L.M.B.*, 1984, p. 82.

254. R.G. n° 44002, *www.cass.be*.

255. Trib. trav. Liège, 23 mars 2004, R.G. n° 7387-03, *www.cass.be*.

256. Cass., 23 mai 2007, R.G. n° NP 06-43209, disponible sur <http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/242-1.pdf>

effectués par des tiers à la communication qui n'ont pas la qualité de destinataire. Dès lors, le destinataire du S.M.S. ou de l'e-mail doit pouvoir faire état du contenu du message qui lui a été adressé ainsi que des données de communication y afférentes.

En effet, l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 qui remplace l'article 109^{ter} D prévoit que :

« S'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut :

- 1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement ;
- 2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu ;
- 3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne ;
- 4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non ».

Il ressort de cette disposition que l'interdiction visée par l'article 124 ne concerne que les tiers à la communication et non le destinataire de celle-ci ²⁵⁷.

Les autres décisions mentionnées ci-avant analysent la problématique sous l'angle de la loyauté dans l'obtention de la preuve. Ainsi, il ne suffirait pas que la preuve soit recueillie de manière licite, encore faudrait-il que le procédé par lequel on se la procure ne soit pas déloyal. On peut penser par exemple à l'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de son interlocuteur avec provocation de ce dernier.

b) Les données relatives aux appels téléphoniques

83. Il convient de souligner que sont également considérées comme données de communications électroniques les données relatives aux appels téléphoniques. Le juge aura également égard aux dispositions applicables en matière de contrôle des données électroniques pour vérifier si une preuve a été régulièrement recueillie.

257. C. DE TERWANGNE, H. HERVEG et J.-M. VAN GYSEGHEM, *Le divorce et les technologies de l'information et de la communication*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 52.

La problématique se complique néanmoins du fait que les abonnements sont financés en général par les employeurs qui reçoivent également les factures y relatives²⁵⁸. Ainsi on relèvera que plusieurs décisions ont admis la production de factures destinées à établir l'existence d'appels passés à des fins privées sur un téléphone de l'entreprise en considérant que l'employeur pouvait produire les listings d'appels fournis par son opérateur de téléphonie²⁵⁹.

La loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques tend à renforcer les droits des utilisateurs d'un service de téléphonie en les distinguant de l'abonné²⁶⁰. L'article 110, § 1^{er} et son arrêté d'exécution du 27 avril 2007 fixe le niveau de détail de la facture de base. Cet arrêté ne prescrit pas que les numéros d'appel doivent figurer sur cette facture. L'article 110, § 2 de la loi dispose cependant qu'en cas de contestation de la facture de base, les abonnés peuvent obtenir gratuitement, sur demande, une facture détaillée. L'exposé des motifs de la loi ne précise pas quelles données peuvent être ainsi obtenues et ne pose dès lors aucune limite. En outre, on relèvera que la loi stipule par ailleurs que certains numéros appelés (tels certains numéros d'urgence) ne figureront jamais sur les factures. On peut en déduire qu'*a contrario*, rien ne s'oppose à ce qu'un employeur puisse se voir communiquer des numéros d'appel formés par ses travailleurs dans le cadre d'abonnements pris par l'employeur.

Si on se réfère aux principes de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, celle-ci ne prévoit un droit d'accès qu'à la personne concernée par les données. À notre sens, seul le travailleur peut exercer ce droit. L'application de l'article 124 de la loi du 13 avril 2005 induit également une telle solution dès lors que l'employeur, en tant que tiers à la communication, ne peut prendre connaissance de telles données sans le consentement de toutes les personnes concernées par celle-ci. En toute hypothèse, la prise de connaissance de telles données et l'utilisation dans le cadre d'un contrôle du travailleur s'inscrivent dans le cadre d'un traitement de données à caractère personnel au sens de la loi du 8 décembre 1992 qui doit, à ce titre, être réalisé dans le respect de toutes les conditions fixées par cette loi (en ce compris, par exemple, l'obligation d'information préalable du travailleur).

258. H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken – Arbeidsrecht*, loc. cit., pp. 14-15.

259. Trib. trav. Bruxelles, 16 septembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61 ; C. trav. Liège, 21 mai 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 180 ; C. trav. Gand, 22 octobre 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 41.

260. Ainsi l'article 122, § 2 de la loi du 13 juin 2005 prévoit que les opérateurs peuvent traiter les données trafic concernant les utilisateurs et les abonnés, ces dispositions imposant qu'une information préalable doit leur être fournie quant à ce.

Nous n'avons cependant recensé aucune jurisprudence relative à ce problème dans le cadre de la nouvelle loi et qui se prononcerait sur le droit pour l'employeur d'accéder et/ou d'utiliser à des fins de contrôle aux données d'appel de ses travailleurs en tenant compte de la coexistence de toutes ces dispositions.

c) Les données de géolocalisation

84. À l'heure où les technologies couramment utilisées permettent désormais de localiser l'utilisateur d'un G.P.S., d'un G.S.M. ou encore d'autres appareillages qui équipent désormais les poids-lourds, les taxis, et autres véhicules de fonction, commence à se poser la question de l'utilisation des données de localisation générées par ces équipements.

85. Nous ne relevons que peu de jurisprudence à ce sujet et nous ne pouvons que constater que celle-ci ne révèle pas une analyse poussée de la législation en la matière. En effet, la question de la licéité de la preuve ainsi recueillie est souvent plutôt succincte.

Un arrêt de la cour du travail de Bruxelles qui avait analysé la question de l'admission des données G.P.S. pour établir la faute du travailleur (un chauffeur de taxi) n'a pas abordé la question de la recevabilité de la preuve²⁶¹.

La cour du travail de Bruxelles a, dans un arrêt du 18 novembre 2004²⁶², eu à connaître de l'utilisation du G.P.S. qui équipait un taxi pour établir l'existence d'excès de vitesse constants et importants d'un travailleur. Ce dernier avait été licencié par la société de taxi qui l'employait et contestait la recevabilité des preuves ainsi obtenues.

De façon assez laconique, la cour du travail a relevé que « la société utilise le G.P.S. en vue de pouvoir localiser ses véhicules et de permettre ainsi de diriger un taxi vers un client sur base de la proximité. Il ne s'agit nullement d'une atteinte à la vie privée mais de la gestion normale d'une entreprise de taxis. Le but poursuivi n'est pas de surveiller d'une façon ou d'une autre le comportement des chauffeurs : aucun moyen n'est mis en place pour les "espionner". Aucune caméra, aucun enregistrement des conversations ne sont prévus ».

La Cour estime qu'en vertu des articles 16 et 17 de la loi du 3 juillet 1978, l'entreprise doit être à même d'exercer un contrôle sur le travailleur en vertu de l'existence du lien de subordination sous lequel le travailleur effectue son travail et indique également que la Convention collective n° 68 conclue le 16 juin 1998

261. C. trav. Bruxelles, 20 décembre 2001, R.G. n° 42.101, www.cass.be.

262. R.G. n° 45138, www.cass.be.

relative à la protection de la vie privée sur le lieu du travail permet, dans certaines circonstances, l'utilisation de caméras de surveillance. Il semble que la cour ait effectué, sur cette base, une analogie avec la situation du placement d'une caméra pour estimer que celui-ci ne portait pas atteinte à la vie privée du travailleur.

Cet arrêt ne fait nulle mention de la loi du 8 décembre 1992 alors que le traitement de telles données relève de l'application de la loi du 8 décembre 1992, comme il ressort d'un avis rendu par la Commission de la protection de la vie privée²⁶³.

Cet arrêt a également été rendu avant l'adoption de la loi du 13 juin 2005 qui contient les dispositions spécifiques à l'utilisation des données de localisation²⁶⁵.

L'article 123, § 2, de la loi du 13 juin 2005 prévoit que le traitement des données effectué dans le cadre de la fourniture d'un service à données de localisation est soumis à certaines conditions. Ainsi, l'opérateur doit informer l'abonné

263. Voyez à cet égard l'avis n° 12 du 7 septembre 2005 de la Commission de la protection de la vie privée concernant la proposition de loi visant à encadrer la surveillance des travailleurs par l'utilisation du système de monitoring associé au système de navigation G.P.S. sur les véhicules de service, dans le respect de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée (www.privacy.fgov.be).

264. Pour une analyse des conséquences de l'application de cette loi sur la géolocalisation voyez O. RIJCKAERT, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, multiples contraintes », *loc. cit.*, pp. 55 et s. Notez toutefois que si Olivier Rijckaert estime que le traitement des données de géolocalisation d'un travailleur nécessite le consentement de celui-ci aux termes de l'article 4, § 1^{er}, 2° de la loi du 8 décembre 1992, ceci ne nous apparaît indispensable dans la mesure où, aux termes de l'article 5 de cette loi, le traitement de données peut être légitime lorsqu'il s'agit d'un traitement qui est poursuivi pour des intérêts légitimes et qui ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés de la personne concernée. Ceci n'empêche que les autres dispositions de la loi en termes d'information, de déclaration de la Commission de la vie privée, et toutes autres conditions qui sont imposées par ceux-ci restent évidemment applicables à ce type de traitements.

265. L'article 2, 9°, de la loi précitée prévoit que le service à données de localisation vise un service qui exige un traitement particulier des données de localisation allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour la transmission ou la facturation de la communication.

En effet, l'article 123 de la loi du 13 juin 2005 prévoit que ces données ne peuvent être conservées et utilisées par le fournisseur de services de communications électroniques que pour des finalités spécifiques et ce n'est qu'à ce titre en principe qu'elles sont communiquées à l'abonné ou à l'utilisateur du service.

Si l'employeur dispose de la possibilité de pouvoir localiser ses travailleurs au moyen de leur G.P.S., ceci doit rentrer dans le cadre d'un service à valeur ajoutée (ou, selon la terminologie de la loi, un « service à données de localisation ») fourni par le fournisseur de services de communication électronique tel qu'envisagé dans cet article 123 et défini à l'article 2, 9°, de la loi du 13 juin 2005. En effet, l'utilisation des données de communication au-delà de ce qui s'avère nécessaire pour assurer la prestation d'un service de transmission des données n'est envisageable que dans ce cadre.

ou l'utilisateur final auquel se rapportent les données, avant d'obtenir le consentement de celui-ci pour le traitement, à propos des données de localisation traitées, des objectifs précis du traitement, de la durée du traitement et des tiers éventuels auxquels ces données sont transmises et de la possibilité de retirer à tout moment et définitivement ou temporairement le consentement donné pour le traitement.

Cette question n'est nullement abordée dans une décision plus récente, du tribunal du travail de Liège²⁶⁶. Dans cette décision, le tribunal se contente de constater qu'aucune convention collective de travail n'impose l'accord du travailleur pour les vérifications G.P.S., que le travailleur savait que l'enregistrement G.P.S. était possible, que ce dernier a été effectué pour vérifier l'emploi du temps pendant le travail et qu'il a été effectué après l'envoi d'une lettre dans laquelle l'employeur s'interrogeait quant à la volonté de créer une structure concurrente par le travailleur. Le tribunal a considéré qu'en l'espèce l'utilisation des données générées par l'usage du G.P.S. répondait bien aux critères de finalité et de proportionnalité.

4. Quatrième illustration : la preuve par des rapports de détective privé

86. Bien que la surveillance des travailleurs par un détective privé puisse potentiellement constituer une atteinte à leur vie privée et que, sur cette base, les preuves ainsi obtenues puissent être écartées, on constate que la jurisprudence n'aborde en général pas cette question²⁶⁷. Si elle a, dans certains cas, rejeté de tels rapports, c'est en raison du fait qu'ils émanaient d'une partie rémunérée par quelqu'un qui avait un intérêt direct dans l'affaire²⁶⁸ et que les rapports n'offraient aucune exactitude sur les faits²⁶⁹. D'autres décisions prennent en compte le rapport établi par le détective sans même questionner sa recevabilité²⁷⁰. Cette légèreté peut peut-être s'expliquer par le fait que la profession étant réglementée depuis 1991, les rapports des détectives et les informations qu'ils recueillent sont sans doute moins sujets à caution²⁷¹.

266. Trib. trav. Liège, 16 mai 2007, R.G. n° 358.538, www.cass.be.

267. H. BUYSENS, *op. cit.*, 1999, pp. 24 et 25.

268. Trib. trav. Bruxelles, 13 septembre 1985, *Chron. D.S.*, 1986, p. 278 ; trib. trav. Audenaarde, 3 avril 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347.

269. C. trav. Liège (4^e ch.) 7 janvier 1982, R.G. n° 7486, www.cass.be ; C. trav. Mons, 16 mars 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 147.

270. C. trav. Mons (5^e ch.), 16 février 2001, R.G. n° 16287, www.cass.be.

271. La cour du travail de Bruxelles admet la preuve par vidéo réalisée par un détective privé après avoir constaté que celle-ci avait été réalisée dans le respect de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé (C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, R.G. n° 31688, *Bull. ass.*, 2002, liv. 3, p. 64, note L. VAN GOSSUM).

Toutefois, dans un arrêt du 19 septembre 2003, la cour du travail de Mons avait à se prononcer sur la recevabilité d'éléments de preuve recueillis lors d'un interrogatoire d'une travailleuse par des détectives qui avaient été engagés par une autre personne morale que l'employeur de cette dernière. La cour a rappelé que, dans le cadre de la loi du 19 juillet 1991 sur les détectives, les « inspecteurs » ou « détectives » auxquels un employeur fait appel n'ont pas légalement la compétence pour interroger une personne qui n'est pas un préposé de leur client en précisant qu'« au sens de l'article 1^{er} de cette loi, en effet, les informations obtenues à la suite de leurs activités doivent être réservées au client et destinées à être utilisées exclusivement à son avantage ». Elle a de ce fait écarté le rapport d'audition de la travailleuse en considérant celui-ci comme irrecevable ²⁷².

5. Cinquième illustration : la preuve obtenue lors d'une fouille

87. Un autre terrain propice à la jurisprudence en matière d'illicéité de la preuve est celui de la fouille de l'employé.

En effet, cette question met également en jeu la protection de la vie privée du travailleur, d'une part, et le droit, pour l'employeur d'exercer un contrôle sur ses employés, d'autre part.

88. La jurisprudence a dégagé des principes aux termes desquels la fouille peut s'avérer régulière moyennant le respect de certaines conditions.

La cour du travail de Liège ²⁷³ a ainsi constaté que « si la fouille d'un travailleur ou des biens de ce travailleur est considérée comme légitime dans certaines situations (cf. F. Lagasse, « La vie privée et le droit du travail », *Chron. D.S.*, 1997, 417, sp. p. 427 ; F. Lagasse et M. Milde, « Protection de la personne et vie privée du travailleur : investigation et contrôle sur les lieux de travail », *Orientations*, 1992, 149, sp. p. 154, point 5), comme notamment pour vérifier qu'un vol n'est pas commis, il n'empêche que cette mesure constitue une atteinte inadmissible à la vie privée lorsqu'elle est effectuée sans l'accord de l'intéressé (accord qui peut résulter d'une disposition du règlement de travail) et au surplus, en son absence par une personne qui n'est pas dûment habilitée à ce faire.

Elle précisait qu'en l'absence de règlement de travail envisageant la fouille des biens du membre du personnel, les employées qui avaient des soupçons auraient dû soit obtenir l'accord de l'intimée pour procéder à la fouille en sa présence, soit faire appel à la force publique pour éviter toute contestation quant à la régularité de la fouille ; qu'en s'investissant de pouvoirs dont elles ne disposaient pas, les employées et plus particulièrement Mme V. ont outrepassé leurs droits, empêchant par là de reconnaître toute validité aux constatations effectuées ».

Se dégage donc de cette disposition l'exigence du consentement du travailleur. On retrouve l'absence du consentement comme fondement au rejet des preuves ainsi obtenues dans d'autres décisions :

- Dans un arrêt du 5 octobre 2004, la cour du travail de Bruxelles ²⁷⁴ a estimé que la fouille d'un vestiaire d'une employée qui était fermé au moyen d'une clé dont seule la travailleuse disposait, constituait une atteinte à la vie privée puisque l'autorisation de l'employeur indiquait de manière certaine que la travailleuse pouvait faire un usage privatif et protégé de cet endroit. La cour a dès lors estimé que si l'exercice par l'employeur de son pouvoir d'autorité et de contrôle peut constituer un but légitime, la fouille de ce vestiaire en dehors de la présence de la travailleuse constituait par contre une atteinte à sa vie privée. La cour a également épinglé l'absence d'information concernant la possibilité d'une fouille.

- Dans une décision du 8 février 2002, le tribunal du travail de Nivelles ²⁷⁵ a également considéré que la fouille d'un vestiaire personnel d'une employée, sans son consentement, constituait une violation de sa vie privée, dès lors que la travailleuse bénéficiait de la protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il indiquait aussi que l'aveu de l'employée, intervenu après la fouille irrégulière, portait atteinte à la vie privée et ne pouvait dès lors être admis.

Par ailleurs, la jurisprudence considère que le consentement de la travailleuse rend tout à fait licite la fouille. Ainsi, la cour du travail de Mons a considéré qu'en donnant son consentement tacite aux demandes de fouille d'un gardien, la travailleuse a levé toute irrégularité éventuelle commise par celui-ci du fait du non respect de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Ces irrégularités résultaient de ce que ladite loi n'autorise ni l'interpellation de personnes, ni le contrôle du contenu de leur sac, ni leur interrogatoire et de ce que l'article 8, § 6 de la loi n'autorise le contrôle des vêtements et bagages « qu'à l'entrée dans un lieu gardé » ²⁷⁶.

89. Depuis peu, un texte spécifique, la Convention collective de travail n° 89 du 30 janvier 2007 concernant la prévention des vols et les contrôles de sortie des travailleurs quittant l'entreprise ou le lieu de travail, vient apporter quelques précisions quant aux circonstances dans lesquelles la fouille peut être pratiquée. Cependant, il convient de noter que cette Convention collective

272. C. trav. Mons (1^{re} ch.), 19 septembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 197.
273. C. trav. Liège, 21 mai 2001, R.G. n° 28.039/99, *www.cass.be*.

274. R.G. n° 42977, *www.cass.be*.

275. R.G. n° 99N1590, *www.cass.be*. Cette décision a été confirmée par C. trav. Bruxelles, 5 octobre 2004, R.G. n° 42977.

276. C. trav. Mons (1^{re} ch.), 19 septembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 197.

de travail ne concerne qu'un type de fouille : elle ne vise que les « contrôles de sortie », c'est-à-dire les contrôles des travailleurs qui ont lieu lorsque ceux-ci quittent l'entreprise ou le lieu du travail et qui visent uniquement à prévenir ou à constater les vols de biens dans l'entreprise ou sur le lieu du travail.

La Convention collective de travail prévoit les conditions dans lesquelles une telle fouille peut être mise en œuvre. Ces conditions visent à assurer le principe de finalité et de proportionnalité ainsi que la transparence via une obligation d'information (article 7 de la Convention collective de travail). Il n'existe pas encore, à notre connaissance, de jurisprudence relative à l'application de cette convention.

SECTION 6

Modes de preuve

A. Le principe civiliste de la prééminence de l'écrit et l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978

1. Entre la preuve libre et la preuve réglementée ?

90. On sait que sont traditionnellement opposés le système de la preuve réglementée ou légale du droit civil et le système de la preuve libre du droit commercial²⁷⁷. Le droit social se situe à mi-chemin entre ces deux systèmes puisqu'un assouplissement de la preuve réglementée est établi par l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 et que de nombreux renversements de la preuve ou allègements du fardeau de la preuve sont instaurés.

91. Le droit social est, par ailleurs, propice aux engagements mixtes, c'est-à-dire civil dans le chef d'une partie non commerçante, le travailleur et commercial dans le chef de l'employeur s'il s'agit d'un commerçant. Dans ces hypothèses, on doit alors appliquer « concurremment les deux régimes de preuve : chaque partie doit être protégée par le régime qui lui est propre »²⁷⁸. Dans ces circonstances, le régime de la preuve civile doit être appliqué lorsque l'employeur doit prouver contre le travailleur. Par contre, le régime de la preuve en droit commercial s'appliquera lorsque le travailleur doit prouver contre l'employeur commerçant. Cette opportunité revêt un intérêt moindre en droit social, il est vrai, en présence de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978²⁷⁹.

277. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 25.

278. P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, p. 16.

279. Voyez *infra* : 4. L'article 12 de la loi du 3 juillet 1978.

2. L'article 1341 du Code civil

92. L'article 1341 du Code civil dispose qu'« il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant une somme ou valeur de 375 Eur, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 375 Eur. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

Cet article consacre le principe de la prééminence de l'écrit. Ce principe, en ce qu'il définit la force probante de l'écrit, s'impose au juge du fond. Comme le rappelle la cour du travail de Mons dans un arrêt du 9 janvier 2007, « s'il est admis que le pouvoir d'interprétation du juge n'est plus limité par le concept dit de "barrière du verbe", il reste qu'il lui est interdit d'adopter de l'acte qui lui est soumis une interprétation inconciliable avec ses termes »²⁸⁰.

93. L'article 1341 connaît des exceptions.

En droit social plus particulièrement, on retiendra notamment que l'article 1341 du Code civil ne s'applique pas :

– à la preuve des faits juridiques

Comme le relève D. Mougenot, « sont de simples faits susceptibles de prouver par témoignage et présomption les vices de consentement, la fraude, la force majeure, le motif grave »²⁸¹. Les fonctions réellement exercées par le travailleur peuvent également être prouvées par témoins ou présomptions²⁸². De même, l'article 1341, alinéa 2, du Code civil n'exigera pas un écrit pour prouver une erreur matérielle²⁸³.

Par contre, le paiement est un acte juridique ; il doit donc normalement être prouvé par un écrit²⁸⁴.

– à la preuve en matière commerciale²⁸⁵

L'article 1341 du Code civil ne s'applique, en principe, qu'en matière civile et pas en matière commerciale au sein de laquelle le principe de la preuve

280. C. trav. Mons, 9 janvier 2007, R.G. n° 18626, www.cass.be.

281. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 102.

282. Cass., 10 mars 1980, *Pas.*, I, 1980, p. 845.

283. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 161.

284. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 102.

285. Sur la différence théorique entre le système de l'article 25 du Code de commerce et de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, voy. H. BUYSENS, *op. cit.*, 1999, p. 5.

libre prévaut. S'il s'agit d'un acte mixte conclu entre commerçant et non-commerçant, les exigences en matière de preuve dépendront de la qualité de celui à l'encontre duquel la preuve devra être rapportée²⁸⁶. Ainsi, un travailleur peut prouver, contre l'employeur commerçant, en appliquant le régime de la preuve libre, tandis que l'employeur commerçant doit utiliser la preuve réglementée²⁸⁷. Il peut donc être considéré que l'article 25 du Code de commerce permet, le cas échéant, de prouver contre ou outre l'écrit lorsque l'engagement est commercial dans le chef de l'employeur²⁸⁸. Sous réserve des règles qui leur sont propres, l'aveu et le serment ne sont pas concernés par les règles de l'article 1341 du Code civil²⁸⁹.

— *en cas d'impossibilité morale de se constituer une preuve écrite*

Les articles 1347 et 1348 du Code civil dérogent aux deux règles de l'article 1341 du Code civil non seulement lorsqu'il s'agit de prouver par témoin ou par présomption l'existence d'un *negotium* au-delà de 375 €, mais également lorsqu'il s'agit de prouver par témoin ou par présomption, outre ou contre le contenu d'un écrit, même si celui-ci vise des sommes inférieures à 375 €²⁹⁰. L'article 1348 du Code civil n'est toutefois pas applicable lorsque l'écrit est exigé à titre de solennité²⁹¹.

Il est admis que les cas d'impossibilité expressément visés par l'article 1348, alinéa 1^{er} du Code civil ne sont qu'exemplatifs et non limitatifs²⁹². S'il est possible de distinguer l'impossibilité physique de l'impossibilité morale, on retiendra essentiellement en droit social l'impossibilité morale.

La jurisprudence retient une telle impossibilité chaque fois qu'il existe des liens privés ou familiaux entre les parties à un contrat de travail. Ainsi une impossibilité morale peut exister pour une personne morale dont les gérants seraient l'épouse et la belle-mère d'un employé²⁹³ ou encore lorsqu'il existe des relations intimes entre l'administrateur délégué de l'employeur et l'employé²⁹⁴.

Il nous semble que, plus globalement, le lien de subordination doit, dans certains cas, permettre au travailleur d'invoquer une impossibilité morale de se constituer une preuve écrite, ce qui a déjà été admis²⁹⁵. Le tribunal civil de Huy, dans un jugement du 3 mars 1914, a par exemple jugé qu'il existait une impossibilité morale dans le chef du demandeur de se constituer un écrit du fait des rapports qui naissaient entre maîtres et domestiques²⁹⁶. Comme le relève D. Mougenot, la jurisprudence relative à l'impossibilité morale est très casuistique, en cela elle se montre fidèle à l'idée que cette exception doit être appréciée, non pas de manière abstraite, mais en fonction des exigences du cas d'espèce²⁹⁷. L'existence d'un lien de subordination ne suffit pas en soi pour constituer une impossibilité morale mais, selon les circonstances, peut la justifier.

3. Distinction entre l'écrit *ad probationem* et *ad solemnitatem* (*ad validatem*)²⁹⁸

94. L'article 1341 du Code civil exige la forme de l'écrit *ad probationem*, c'est-à-dire en vue d'apporter la preuve de son contenu. Les lois imposent parfois le recours à l'écrit, non pas comme élément de preuve, mais *ad solemnitatem* ou *ad validatem*. L'écrit constitue alors une forme substantielle, à la fois expression solennelle du consentement des deux parties et condition d'existence de ce type de contrat voulu par les parties.

Comme explicité très clairement par P. Van Ommeslaghe²⁹⁹, « il existe (...) une différence fondamentale entre l'exigence d'un écrit à titre de preuve (*ad probationem* art. 1341 du Code civil) et l'exigence d'un écrit à titre de solennité (*ad solemnitatem*). Dans le premier cas, l'absence d'écrit ne porte pas atteinte à l'existence de l'acte en tant que *negotium* ; celui-ci, quoique non régulièrement prouvé, il n'en subsiste pas moins son existence, peut notamment être établi au moyen de l'aveu ou du serment conformément aux règles établies pour ces modes de preuve. Dans le second cas, l'absence d'écrit affecte l'existence même de l'acte en tant que *negotium*, celui-ci ne peut être prouvé puisqu'il n'existe pas ».

295. Cass., 24 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 107 ; C. trav. Mons, 15 juin 1998, R.G. n° 14547, inédit, somm. in *www.cass.be* ; Bruxelles, 28 février 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 155 ; Huy, 4 mars 1914, *Pas.*, 1914, III, p. 203 ; Bruxelles, 28 février 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 155.

296. Civ. Huy, 3 mars 1914, *Pas.*, 1914, III, p. 203.

297. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 156.

298. Sur cette distinction, voyez not. H. BUYSENS, *op. cit.*, 1999, pp. 26 et s.

299. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 55.

286. C. trav. Mons, 2 mars 1992, *J. T. T.*, 1992, p. 283 ; C. trav. Mons, 8 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1339 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 152.

287. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 152.

288. T. VERHEYDEN, « Les péripéties du droit de la preuve en matière de contrat de travail » in *Cent ans de droit social belge*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 272 ; C. trav. Liège, 2 mai 1996, *J. T. T.*, 1997, p. 108 ; trib. trav. Charleroi, 22 juin 1981, R.G. n° 21283, *www.cass.be*.

289. Cass., 19 décembre 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 14 ; Cass., 23 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 231.

290. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 56 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, 1967, III, n° 879, p. 896.

291. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 65.

292. Cass., 23 novembre 1920, *Pas.*, 1921, I, p. 144 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 63.

293. Bruxelles, 22 juin 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 118.

294. Cass., 24 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 107.

Lorsque l'écrit est exigé à titre de solennité, « l'article 1341 est en quelque sorte dominé et absorbé par la règle de forme, ce qui montre que le fait que l'article 1341 soit écarté dans un certain nombre de cas ne permet pas de faire la preuve par d'autres voies de droit que par un écrit, lorsque cet écrit est exigé non pas à titre de preuve mais à titre de règle solennelle »³⁰⁰. Ainsi donc, dans toutes les hypothèses où l'exigence d'un écrit est formulée à titre de solennité, l'article 1341 du Code civil sera indirectement respecté.

95. Le droit social impose souvent le recours à l'écrit *ad valitatem*. Ainsi, si le contrat de travail peut être verbal, on sait néanmoins que certains types de contrats ou de clauses doivent être constatés par écrit. On citera notamment :

- les contrats de travail pour un travail à durée déterminée (article 9 de la loi du 3 juillet 1978),
- le contrat de travail à temps partiel (article 11bis de la loi du 3 juillet 1978),
- le contrat de remplacement (art. 11ter de la loi du 3 juillet 1978),
- la clause d'essai (articles 48, § 1^{er} et 67, § 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978)³⁰¹,
- la clause de non-concurrence (articles 65, § 2 et 86, § 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978).

Dans toutes ces hypothèses, l'écrit constitue une condition d'existence et non un mode de preuve³⁰². L'écrit ne peut, ainsi, être remplacé par une preuve par témoin, par présomptions, par un commencement de preuve par écrit³⁰³ ou encore par une mesure de comparution personnelle³⁰⁴.

4. L'article 12 de la loi du 3 juillet 1978

96. Successeur notamment de l'article 4 de la loi du 10 mars 1900 sur les contrats de travail, l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978³⁰⁵ vise non seulement l'existence et les clauses du contrat mais également tous les faits qui concernent tant l'exécution que la rupture du contrat³⁰⁶.

300. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 100.

301. Trib. trav. Bruxelles, 18 novembre 1985, *J.T.T.*, 1986, pp. 48 à 50 ; trib. trav. Namur, 8 octobre 2001, *Chron. D.S.*, 2003, p. 44 ; C. trav. Mons, 28 février 2006, R.G. n° 19.264, www.socialweb.be.

302. G. DOMEZ, « La preuve en droit social » in *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 par la Faculté de droit de l'U.C.L., p. 29.

303. C. trav. Bruxelles, 9 avril 1979, *J.T.T.*, 1979, p. 334.

304. C. trav. Mons, 14 décembre 1998, R.G. n° 14376, www.cass.be.

305. Sur l'historique de cette disposition, voyez avec intérêt : T. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 257.

306. T. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 257 ; C. trav. Mons, 8 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1339 ; C. trav. Anvers, 26 avril 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 593.

a) L'article 12 permet de déroger à l'article 1341, alinéa 1^{er} du Code civil

97. En vertu de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, la preuve par témoin est toujours admise quelle que soit la valeur du litige en droit social. Il en va donc de même de la preuve par présomptions³⁰⁷.

Il n'est toutefois pas exclu que, dans certaines hypothèses, le droit social exige la délivrance de documents spécifiques liés à l'exécution d'une obligation.

b) L'article 12 ne permet pas de déroger à l'article 1341, alinéa 2 du Code civil

1° Principe

98. L'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 laissant « intacte la prééminence de la preuve littérale »³⁰⁸, il ne permet pas de prouver par témoignages contre ou outre l'écrit³⁰⁹.

Ce principe est applicable tant au travailleur qu'à l'employeur. Ainsi, l'existence d'un congé notifié par l'employeur qui résulte des mentions apportées sur le formulaire C4 ne peut être contesté par l'employeur par la preuve testimoniale du contraire³¹⁰. Il a, en outre, déjà été considéré que l'employeur ne pouvait pas prouver contre le contenu d'un écrit reprenant un motif de non renouvellement d'un engagement³¹¹. En ce qui concerne le travailleur, celui-ci ne peut, par exemple, pas prouver par témoins contre le contenu d'un document qu'il a signé pour accord et décrivant la matérialité des manquements qui lui sont reprochés dans le cadre d'un licenciement pour motif grave³¹² ou contenant un relevé d'heures prestées³¹³. Il a déjà été considéré qu'un employeur ne peut pas prétendre vouloir prouver par témoin le fait qu'un travailleur aurait été licencié à sa propre demande lorsqu'il a signé un congé³¹⁴. Or, cela nous paraît pourtant une pure question de fait : l'imputabilité du congé acte juridique ne peut effectivement pas être contestée par l'employeur l'ayant signé mais il peut très bien prouver par toutes voies de droit que le travailleur demandait à être licencié.

307. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, T. I, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1982, p. 379.

308. M. JAMOULLE, *op. cit.*, p. 379.

309. C. trav. Mons, 18 décembre 1998, sommaire in www.cass.be.

310. C. trav. Liège, 24 juillet 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 27.

311. Trib. trav. Namur, 28 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 100, note J. JACQMAIN.

312. Trib. trav. Anvers, 15 janvier 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 55, note.

313. Trib. trav. Dinant, 16 février 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 311 ; C. trav. Mons, 10 avril 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 375.

314. C. trav. Bruxelles, 24 octobre 1997, *Chron. D.S.*, 1999, p. 168, note L. BOEYKENS.

99. Le principe décrit ci-dessus doit être circonscrit. Outre les exceptions prévues à l'article 1341 du Code civil dont certaines ont été rappelées *supra*, on précisera :

- d'une part, que les modifications ultérieures d'une convention qui n'auraient pas été consignées par écrit peuvent être prouvées par toute voie de droit³¹⁵, s'agissant de faits ultérieurs pouvant entraîner novation.
- d'autre part, que la nature d'une fonction réellement exercée est un fait qui peut être prouvé par témoins^{316 317}. Ceci résulte de ce qu'il s'agit d'une situation de fait qui a pu varier depuis la conclusion du contrat mais surtout de ce que les parties ne disposent pas librement de la qualification de la fonction eu égard à l'impérativité des normes. La nature de la fonction d'un travailleur est déterminée par le travail qu'il exerce effectivement et non pas par la dénomination que les parties ont donné au contrat³¹⁸. De la sorte, la preuve de la qualité d'employé ou d'ouvrier peut être apportée par toutes voies de droit, présomptions de fait y comprises, même contre un écrit³¹⁹.

3° Exception légale et hésitations jurisprudentielles

c) Hésitations jurisprudentielles : la preuve de l'antidate et du motif du congé

100. Il demeure des hypothèses dans lesquelles la rigueur de l'article 1341, alinéa 2 du Code civil suscite des difficultés. Ainsi, qu'en est-il de l'hypothèse où le travailleur veut prouver que le contrat de travail (ou la clause d'essai) a été antidaté. Diverses tendances se présentent en jurisprudence.

Une partie de la jurisprudence estime que le travailleur ne peut pas prouver par témoin que le contrat de travail a été antidaté. On ne peut pas apporter la preuve par témoin contre un écrit qui n'aurait pas été attaqué pour faux en écriture³²⁰. Il en va de même pour l'employeur³²¹.

315. C. trav. Mons, 15 juin 1998, R.G. n°14547, inédit, sommaire in www.cass.be.

316. C. trav. Bruxelles, 23 mars 2001, R.G. n° 37.790, in www.cass.be.

317. Cass., 10 mars 1980, R.D.S., 1980, p. 250.

318. Cass., 10 mars 1981, J.T.T., 1982, p. 122.

319. Cass., 10 mars 1980, R.W., 1980-81, p. 1419.

320. C. trav. Liège, 9 juin 1980, J.T.T., 1980, p. 316 ; C. trav. Liège, 23 septembre 1982, J.T.T., 1984, p. 191 ; trib. trav. Bruxelles, 11 mars 1986, J.J.T.B., 1987, p. 43 ; C. trav. Mons, 2 mars 1992, J.T.T., 1992, p. 283 ; trib. trav. Charleroi, 6 septembre 1988, J.T.T., 1989, p. 395 ; C. trav.

Certaines juridictions considèrent toutefois que lorsque l'employeur est un commerçant, le travailleur peut prouver par témoin, conformément à l'article 25 du Code de commerce, que les mentions du contrat sont inexactes et en particulier que celui-ci a été antidaté³²².

Par ailleurs, une tendance jurisprudentielle de plus en plus suivie estime qu'en application de l'article 1353 du Code civil, en cas de présomptions graves, précises et concordantes de fraude ou de dol, telles que l'existence d'un document antidaté destiné à contourner les dispositions obligatoires, le juge peut rejeter la force probante de l'écrit³²³.

Ainsi, dans un arrêt du 13 janvier 2005³²⁴, la cour du travail de Liège estime qu'« il a été jugé à raison que le juge peut rejeter la force probante d'un acte écrit sur base de présomptions graves, précises et concordantes de fraude ou de dol, telles que l'existence d'un document antidaté destiné à contourner les dispositions impératives de l'article 67, § 1^{er}, de la loi (du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail). Le contrat signé avec une clause d'essai mais postérieurement à son entrée en vigueur constitue un écrit frauduleux lorsque l'employeur entend se prévaloir de la validité de la clause malgré la rédaction tardive du contrat pour justifier un licenciement avec un préavis réduit. La preuve contraire d'un tel écrit peut être apportée par présomption ou par témoignages même lorsque ce mode de preuve n'est pas admis par la loi particulière comme en l'espèce ». Elle précise cependant qu'« il convient de n'admettre la preuve d'un fait contraire à un écrit qu'avec la plus grande prudence et uniquement lorsque le juge acquiert la certitude que l'écrit ne reflète pas la réalité ».

En toute hypothèse, il a été admis que lorsqu'une erreur matérielle a été commise à la date de la signature du contrat, elle pourrait être rectifiée par la preuve contraire³²⁵.

Liège, 23 septembre 1982, J.T.T., 1984, p. 191 ; C. trav. Liège, 25 mai 1981, R.G. n° 4614, www.cass.be ; C. trav. Liège, 9 juin 1980, J.T.T., 1980, p. 316 ; C. trav. Bruxelles, 9 avril 1979, J.T.T., 1979, p. 334.

321. C. trav. Gand, 13 février 1995, T.G.R., 1995, p. 213 ; trib. trav. Anvers, 4 décembre 1994, A.J.T., 1994-95, p. 343.

322. C. trav. Mons, 2 mars 1992, J.T.T., 1992, p. 283 ; C. trav. Liège, 2 mai 1996, J.T.T., 1997, p. 108 ; C. trav. Liège, 19 janvier 1998, J.T.T., 1998, p. 434.

323. C. trav. Anvers, 3 février 1997, J.T.T., 1997, p. 337 ; C. trav. Liège, 19 janvier 1998, J.T.T., 1998, p. 434 ; C. trav. Liège, 16 mars 2000, Chron. D.S., 2001, p. 37.

324. C. trav. Liège, 13 janvier 2005, inédit, R.G. n° 7.426/2003, cité dans C. BROUCKE, « Chronique de jurisprudence, la clause d'essai (2002-2006) », *Ors.*, n° 5, mai 2007, p. 14.

325. Trib. trav. Bruxelles, 18 novembre 1991, R.S.R., 1992, p. 119.

101. En ce qui concerne la preuve du motif du congé, la jurisprudence considère souvent, notamment dans le contentieux de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, que l'employeur n'est pas lié par la mention du congé formulée sur le certificat de chômage C4 et que les motifs réels peuvent être apportés par toutes voies de droit³²⁶.

Cette position s'appuie sur le fait que le droit belge relatif aux contrats de travail ne contient pas d'obligation générale de motiver le licenciement. L'employeur ne doit donc pas nécessairement communiquer le motif du licenciement au moment du licenciement. Ce n'est que dans le cas où l'ouvrier invoque le caractère arbitraire du licenciement qu'il appartient à l'employeur de communiquer et prouver le motif de licenciement³²⁷. Ainsi, les motifs justifiant le licenciement peuvent parfaitement être communiqués pour la première fois en justice³²⁸.

La cour du travail de Bruxelles justifie, quand à elle, cette exception jurisprudentielle en expliquant qu'il arrive que l'employeur invoque un motif inexact dans le formulaire C4 dans l'intérêt du travailleur licencié : « On peut même penser que bien souvent le motif d'ordre économique mentionné par l'employeur sur le C4 procède d'une intention certes laxiste mais favorable à l'ouvrier, auquel l'ONEm pourrait reprocher la perte de son emploi ; en d'autres mots, l'inexactitude des motifs fournis dans le C4 peut avoir comme raison d'épargner au travailleur une sanction en matière de chômage »³²⁹.

La jurisprudence considère dès lors que le fait de mentionner sur le formulaire C4 un motif de chômage ne correspondant pas à la réalité, n'empêche pas *ipso facto* que le licenciement soit considéré comme abusif au sens de l'article 63 de la loi relative aux contrats de travail³³⁰. Si le motif inscrit sur le C4 est inexact, l'employeur peut donc rapporter ultérieurement la preuve du

326. C. trav. Bruxelles, 14 octobre 1991, *Chron. D.S.*, 1993, p. 63, note J. C. BODSON ; C. trav. Gand, 5 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 433 ; C. trav. Liège, 12 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 431 ; A. VANOPPEN, note sous C. trav. Bruxelles, 2 novembre 2004, R.G. n° 44372, *Orientations*, n° 4, avril 2005, p. 28.

327. C. trav. Bruxelles, 21 juin 2004, R.G. n° 44015/W, inédit ; A. VANOPPEN, *op. cit.*, p. 28.

328. C. trav. Mons, 9 octobre 1981, *J.T.T.*, 1983, p. 24 ; trib. trav. Gand, 7 décembre 1992, *T.G.R.*, 1993, p. 43.

329. C. trav. Bruxelles, 14 octobre 1991, *Chron. D.S.*, 1993, p. 63 ; voyez dans le même sens : C. trav. Bruxelles, 13 novembre 1995, *R.W.*, 1997-1998, p. 781 ; C. trav. Liège, 9 juin 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 351.

330. A. VANOPPEN, *op. cit.*, p. 28.

véritable motif de licenciement par toutes voies de droit contre le contenu du formulaire C4³³¹.

Toutefois, à partir du moment où il est reconnu que le document C4 a une force probante dans le cadre de la réglementation sur le chômage et que l'employeur puisse s'y référer³³², il est étrange de ne pas en tirer toutes les conséquences en n'interdisant pas à l'employeur de prouver contre son propre écrit³³³.

d) Exception légale : le pouvoir de requalification par le juge

102. J. Clesse voit dans l'article 332 de la nouvelle loi sur les relations de travail une dérogation « implicite aux règles établissant la prééminence de la preuve littérale puisqu'il autorise le juge du fond à écarter le contenu de l'écrit en prenant appui sur des éléments de faits – d'exécution de la relation de travail – établis par toutes voies de droit »³³⁴.

En pratique, à chaque fois que la contestation était menée à l'initiative de l'O.N.S.S. qui était un tiers à la relation de travail, l'article 1341, alinéa 2 du Code civil ne faisait pas obstacle à la requalification au mépris de la qualification des parties. Cependant, ce principe n'avait jamais été consacré par la jurisprudence qui se contentait de dire que le juge du fond devait interpréter l'écrit à la lumière de tous les éléments de fait portés à sa connaissance. En outre, le texte ne fait pas de différence entre le litige avec l'O.N.S.S. et le litige entre parties et s'appliquera donc également aux litiges entre parties, ce qui ne se faisait pas par le passé.

B. Les différents modes de preuves, leur force probante et leur valeur probante

1. Principes

103. On sait que le Code civil énonce à l'article 1316 cinq types de preuves qu'il régit : la preuve littérale, la preuve testimoniale, la présomption, l'aveu et le serment. Ces cinq modes de preuves seront successivement

331. Trib. trav. Bruxelles, 13 novembre 1995, *R.W.*, 1997-1998, p. 781, traduction libre : « L'employeur pourrait être amené, pour des raisons d'équité ou pour des raisons sociales, à décrire de manière incorrecte ou incomplète la raison du licenciement. [...] Tenant compte des considérations déjà mentionnées, il doit également être admis que la charge de la preuve de l'employeur n'est pas limitée à la mention de la cause de chômage sur le formulaire C4, bien que cette mention ait une valeur probante relative entre parties ». Voy., dans le même sens, C. trav. Bruxelles, 21 avril 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 82.

332. C. trav. Bruxelles, 11 décembre 2000, *Chron. D.S.*, 2002, p. 43.

333. Voyez à ce sujet, S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *Ors.*, 2006, n° 4 et 5 et spéc. n° 5, pp. 3 à 5.

334. J. CLESSE, *op. cit.*, 2006, pp. 238 et 239 ; J. CLESSE, *op. cit.*, 2007, p. 38.

abordés. Nous traiterons autant de leur force probante en vertu de la loi que de la valeur probante que la jurisprudence leur accordera selon les circonstances.

Il existe d'autres modes de preuves prévus dans le Code judiciaire, notamment les expertises, les enquêtes, la production de documents. Nous n'aborderons pas les modes judiciaires de preuve sauf, incidemment, l'enquête en lien avec la preuve testimoniale. On notera simplement que, s'agissant de l'expertise, la loi du 15 mai 2007 telle qu'elle a modifié les règles sur l'expertise n'est pas de nature à modifier les principes classiques³³⁵. L'article 962, alinéa 2 nouveau du Code judiciaire, reprend en effet le principe de l'ancien article 986 du Code judiciaire signalant que le juge n'est pas tenu de suivre l'opinion de l'expert si sa conviction s'y oppose.

2. La preuve littéraire³³⁶

a) La notion d'écrit

104. Même les notions classiques doivent être revues sous l'influence des nouvelles technologies. Ainsi, la notion d'écrit n'implique pas nécessairement qu'une écriture soit appliquée sur un support papier. En vertu de l'article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, il y a lieu de considérer que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission³³⁷. Ainsi en est-il d'un support tel qu'un courrier électronique ou un S.M.S., par exemple. Ces documents peuvent donc être pris en compte dans le cadre du contentieux social³³⁸.

b) Le document unilatéral qu'une partie établit

105. On rappellera de manière générale qu'un document unilatéral établi par une partie n'a pas de force probante particulière à l'égard d'une autre partie qui n'en est que le destinataire. Ainsi, sauf s'il résulte de certaines mentions que le travailleur a marqué son accord sur le contenu de celle-ci, la lettre de congé est un document unilatéral qui n'a pas de valeur particulière³³⁹.

335. D. MOUGENOT, « Le droit nouveau de l'expertise », note *A.J.N.*, 11 octobre 2007, *Actualité de droit judiciaire*.

336. Sur la question de l'emploi des langues en matière sociale, voy. H. BUYSENS, *op. cit.*, 1999, pp. 6 à 8.

337. Pour une étude détaillée sur le sujet, voyez M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique » in *La théorie générale des obligations*, CUP, 2002, vol. 57, pp. 97-181. Nous renvoyons également à la loi du 3 juin 2007 portant des dispositions diverses relatives au travail (*M.B.*, 23 juillet 2007) et qui précise, entre autres, les règles applicables à la conclusion d'un contrat de travail par voie électronique.

338. Voyez à cet égard les décisions citées ci-dessus concernant la problématique de la licéité de la preuve liée aux communications électroniques.

339. M. JOURDAN, *op. cit.*

106. Une discussion à cet égard pourrait avoir lieu en ce qui concerne le formulaire C4. M. Jourdan³⁴⁰ relève avec intérêt un arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 13 novembre 1995³⁴¹ selon lequel le document C4, rédigé de manière unilatérale par l'employeur, n'est pas une convention sous seing privé au sens de l'article 1341 du Code civil.

Il est admis globalement que l'employeur n'est pas lié par la mention inscrite sur le C4, même si c'est très contestable. À notre sens, le C4 ne devrait pas faire preuve contre le travailleur qui n'a pas participé à sa rédaction mais bien contre l'employeur.

En toute hypothèse, l'inexactitude du motif peut porter atteinte à la réputation du travailleur. Ainsi M. Jourdan³⁴² écrit que « si le C4 contient des mentions offensantes, le travailleur pourra obtenir des dommages et intérêts, à la condition d'établir l'existence d'un préjudice distinct, le dommage pouvant être également moral. Tel est le cas si le C4 contient des mentions de nature à nuire à la réputation professionnelle du travailleur »³⁴³.

c) L'article 1325 du Code civil

107. L'article 1325 du Code civil dispose que les conventions synallagmatiques ne sont valables que si elles ont été faites en autant d'originaux qu'il n'y a de parties. La Cour de cassation estime que la violation de l'article 1325 du Code civil entraîne la nullité de l'acte, peu importe la partie qui dispose de l'original et celle qui détient la copie³⁴⁴.

108. Il y a néanmoins controverse sur l'applicabilité de cette disposition en matière sociale³⁴⁵. Une partie de la jurisprudence considère que l'article 1325 du Code civil n'est pas applicable en matière de contrat de travail³⁴⁶. Une autre partie estime que l'article 1325 du Code civil est applicable mais que la nullité peut être couverte par l'exécution du contrat³⁴⁷.

340. M. JOURDAN, *op. cit.*

341. C. trav. Bruxelles, 13 novembre 1995, *R.W.*, 1997-1998, p. 781.

342. M. JOURDAN, *op. cit.*

343. C. trav. Liège, 23 novembre 1988, *Bull. F.A.R.*, n° 177, p. 52, obs. J. JACQMAIN, concernant une lettre de licenciement.

344. Cass., 28 juin 1982, *J.T.T.*, 183, p. 221.

345. C. trav. Bruxelles, 25 mars 1974, *J.T.T.*, 1974, p. 235 ; voyez également : N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 248.

346. C. trav. Bruxelles, 25 mars 1974, *J.T.T.*, 1974, p. 235 ; C. trav. Gand, 10 octobre 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 192 ; C. trav. Anvers, 20 novembre 1992, *R.W.*, 1993-94, p. 55 ; C. trav. Anvers, 4 juin 1993, *R.W.*, 1993-94, p. 324 ; C. trav. Gand, 9 mai 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 344 ; voyez également : N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 248.

347. C. trav. Bruxelles, 24 février 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 406, note.

Il a, en toute hypothèse, déjà été admis que les règles relatives à la preuve civile ne s'appliquent pas nécessairement de la même façon en droit social. Ainsi, en matière de clauses d'essai, l'écrit ne doit pas nécessairement correspondre aux conditions de forme de l'article 1325 du Code civil mais l'accord de chaque partie sur la clause d'essai doit transparaître de cet écrit ³⁴⁸.

Il est souvent considéré que les actes sous seing privé qui seraient nuls en la forme pour violation des articles 1325 et 1326 du Code civil constituent des commencements de preuve par écrit ³⁴⁹. En cas de disparité des écrits qui ne satisferaient pas aux exigences de l'article 1325 du Code civil, l'acte vaut comme commencement de preuve par écrit et la date de la signature peut être prouvée par des présomptions précises et concordantes ³⁵⁰.

Il est également admis qu'en cas de différence entre deux originaux ou deux copies d'un document, indépendamment d'une éventuelle manipulation susceptible de sanctions pénales, il faudra tenir compte des parties communes aux deux textes qui sont le « plus petit commun dénominateur » sur lequel les volontés des parties se sont accordées ³⁵¹.

d) La signature

109. Un acte dépourvu de signature n'a pas la force probante d'un acte sous seing privé mais il pourra, le cas échéant, être utilisé à titre de commencement de la preuve par écrit ou comme présomption ^{352 353}.

110. Si, jusqu'il y a peu, seule la signature manuscrite était envisagée par le Code civil, tel n'est plus le cas à l'heure actuelle. En effet, un écrit signé électroniquement est à présent une preuve recevable par application combinée des articles 1322, § 2 du Code civil et de l'article 5 de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification. L'exigence de signature électronique doit être reconnue comme étant rencontrée dès lors que les données électroniques constituant la signature électronique peuvent être imputées à une personne et garantissent le maintien de l'intégrité du message ³⁵⁴. La

technique la plus répandue actuellement pour la signature électronique est celle de la signature digitale à cryptographie asymétrique mettant en œuvre la combinaison d'une clé privée et d'une clé publique.

Un simple courrier électronique au sein duquel figure le nom de l'expéditeur comme dans un courrier ordinaire ne suffit pas à le qualifier d'écrit signé électroniquement. Celui-ci n'aura donc valeur que de commencement de preuve par écrit ³⁵⁵.

La valeur probante d'un écrit signé électroniquement est tributaire des garanties qui entoureront la signature électronique. L'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 1991 précitée prévoit, en effet, qu'une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale. Ces concepts sont définis dans la loi du 9 juillet 1991.

En ce qui concerne les documents signés électroniquement mais ne répondant pas à ces garanties, le juge est libre d'en apprécier la valeur probante ³⁵⁶. Toutefois, les signatures qui ne répondent pas à ses critères ne peuvent se voir refuser toute valeur probante au seul motif (i) que la signature se présente sous forme électronique, (ii) qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, (iii) qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification ou (iv) qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature, comme il résulte de l'article 4, § 5 de la loi du 9 juillet 1991.

e) La contestation d'écriture

Pour faire foi, l'acte sous seing privé doit être reconnu par celui auquel on l'oppose ou être légalement tenu comme reconnu ³⁵⁷.

En vertu de l'article 1324 du Code civil, si la partie à laquelle on oppose l'acte désavoue formellement sa signature ou son écriture, la procédure de vérification d'écriture peut être demandée ou ordonnée d'office par le juge ³⁵⁸.

355. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 128.

356. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, 2001, pp. 119-120.

357. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, 1967, III, n° 747 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 221.

358. Pour un cas de vérification en écritures ordonnée d'office par le juge voyez : C. trav. Liège (sect. Namur, 13^e ch.), 26 avril 2005, R.G. n° 7134-02, www.cass.be.

La cour du travail de Liège, dans un arrêt du 26 avril 2005, relève que « le juge pourrait opter directement pour une mesure d'expertise mais la procédure de vérification d'écritures offre des garanties complémentaires qu'il apparaît souhaitable de maintenir, notamment celle de faire comparaître la personne à laquelle la signature est opposée afin qu'elle puisse préalablement la reconnaître ou la dénier, le juge n'ayant alors d'autre alternative que de saisir un expert graphologue »³⁵⁹.

La vérification en écriture peut être refusée par le juge lorsque les éléments de fait et leur valeur probante semblent suffisamment sûrs³⁶⁰.

La procédure en vérification d'écriture peut être exercée non seulement à titre incident mais également à titre principal. La partie qui entend se prévaloir d'un acte agit alors à titre préventif, avant toute contestation, pour obtenir la consolidation de l'acte en justice³⁶¹.

Il est également possible de faire état d'une procédure d'inscription en faux³⁶².

La différence entre les deux procédures réside dans leur mise en mouvement : alors que la vérification d'écriture est demandée par la partie qui entend tirer profit d'un acte et se heurte au désaveu ou la méconnaissance de son adversaire, la procédure de faux civil est introduite par la partie à laquelle on oppose l'acte et qui entend en faire apparaître la fausseté³⁶³.

Tout comme pour la vérification d'écritures, l'inscription en faux peut être demandée préventivement : une partie peut demander l'inscription en faux civil à titre principal d'un acte sous seing privé pour éviter que cet acte soit par après invoqué contre elle³⁶⁴.

L'acte authentique, contrairement à l'acte sous seing privé, n'a pas besoin d'être reconnu. Il fait automatiquement foi de son origine.

Il existe un seul et unique moyen de contester l'origine d'un acte authentique : l'introduction d'une procédure en inscription de faux civil, à titre principal ou incident³⁶⁵.

359. C. trav. Liège, 26 avril 2005, *R.R.D.*, 2005, liv. 116, p. 246.

360. C. trav. Liège (sect. Namur, 12^e ch.), 12 février 2003, *R.G.* n° 6871/2001, *www.cass.be*.

361. Rapport C. VAN REEPINGHEN, *Pasin.*, 1967, C. jud., p. 443 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 224.

362. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, pp. 167-168. Notez qu'il existe également la possibilité d'agir au pénal sur la base de l'article 196 du Code pénal qui sanctionne le faux en écriture.

363. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 168.

364. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de Droit, 1987, n° 249 et s.

365. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, 1967, III, n° 757, 758 et 761 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 155.

f) La date

111. Comme le rappelle la doctrine, « contrairement à ce qui est exigé des actes authentiques, la date n'est pas un élément essentiel d'un acte sous seing privé »³⁶⁶.

112. La question de la date des actes peut poser une difficulté en droit social. S'il est généralement considéré qu'un acte bien que non daté³⁶⁷ puisse être valable, la date peut, en droit social, conditionner la validité de l'acte. L'absence de date de signature d'un contrat comportant une clause d'essai peut en effet entraîner la nullité de celle-ci³⁶⁸.

Bien que la doctrine ait été controversée sur ce sujet, c'est normalement à celui qui invoque un acte non daté de rapporter la preuve de celle-ci³⁶⁹. La preuve de cette date peut être rapportée par toutes voies de droit, témoignages et présomptions y compris, à la différence de l'hypothèse de la contestation de la date qui figurerait dans l'acte³⁷⁰.

g) Les copies

113. Constitue une copie le document contenant une transcription littérale d'un acte faite à partir d'un original. Ainsi, la photocopie, le document scanné, les copies-carbone, les micro-films, les disques optonumériques (CD-Rom) ainsi que les télécopies sont des copies de documents originaux.

Ce qui caractérise l'original par rapport à la copie, c'est notamment le fait que la signature soit apposée sur le document³⁷¹. Aussi, une copie d'un original sur laquelle le signataire appose sa signature constitue-t-elle un deuxième original³⁷².

114. La copie, en tant que titre, n'a pas de force probante. En effet, soit l'original existe et celui à qui on oppose la copie peut en exiger la production, soit il n'existe pas et, dans ce cas, la loi ne confère pas de force probante à la copie³⁷³. Néanmoins, elle peut être admise par le juge au titre de présomption³⁷⁴. À cet égard, on note une évolution vers une acception plus

366. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 106.

367. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 142.

368. Trib. trav. Bruxelles, 11 décembre 1986, *J.J.T.B.*, 1987, p. 43.

369. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 143.

370. Voy. *supra* : A. Le principe civiliste de la prééminence de l'écrit et l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, 4., b) L'article 12 ne permet pas de déroger à l'article 1341, alinéa 2 du Code civil.

371. Trib. trav. Charleroi, 13 novembre 1995, *Chron. D.S.*, 1997, p. 247.

372. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 185.

373. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 186.

374. H. BUYSENS, *op. cit.*, 1999, p. 40.

large de la photocopie comme pouvant constituer un écrit susceptible d'être considéré comme une présomption, voire même un commencement de preuve par écrit³⁷⁵. Dans un arrêt du 27 février 2007, la cour d'appel de Mons considère qu'une photocopie est un écrit au sens de l'article 1347 du Code civil. Elle pourra dès lors être reçue comme constituant un commencement de preuve par écrit pour autant qu'elle émane de celui contre qui elle est invoquée (c'est-à-dire l'auteur de l'original)³⁷⁶.

De plus, si une partie produit une copie d'un document, le juge n'est jamais tenu d'exiger d'office la production d'original³⁷⁷. Lorsqu'une partie invoque l'article 1334 du Code civil en prétendant que la copie n'a aucune force probante, elle peut solliciter la production de l'original. Lorsque la conformité de la copie de l'original n'est pas contestée, il n'y a pas lieu de refuser la force probante à la copie³⁷⁸.

h) Les mentions particulières

115. Certaines mentions qui pourraient être considérées comme probantes en droit civil se voient dénier ce caractère en droit social dans le but de protéger le travailleur.

Ainsi, par exemple, la législation sur la quittance pour solde de tout compte stipule que la quittance pour solde de tout compte remise par le travailleur dès le moment où le contrat prend fin ne signifie pas, pour celui-ci, qu'il renonce à ses droits (article 42 de la loi du 3 juillet 1978 et article 12 de la loi sur la protection de la rémunération).

La quittance ne vaut que comme accusé de réception : le travailleur reconnaît avoir reçu les sommes mais ne renonce pas à réclamer des montants supérieurs³⁷⁹. Il n'y a pas d'abandon de droit³⁸⁰ mais le travailleur doit

375. D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », note sous Mons, 27 février 2007, *R.G.D.B.*, p. 472.

376. Mons, 27 février 2007, *R.G.D.B.*, note D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », p. 768 ; voyez également dans ce sens l'arrêt de la Cour de cassation française du 14 février 1995 (Cass. fr., 14 février 1995, *J.C.P. (éd. gén.)* 1995, II, 22402, note CHARTIER, *Dall.*, 1995, note PIEDELIEVRE).

377. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 203.

378. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 203 ; H. BUYSENS, *op. cit.*, 2003, p. 40. Pour un cas de contestation, voyez la décision du tribunal du travail de Charleroi qui, en application de ce principe, a considéré que la photocopie d'un bulletin de paie sur lequel apparaissait de façon imparfaite la signature du travailleur sous la mention « pour acquit » ne faisait pas preuve du paiement dans le chef du travailleur, dès lors que le travailleur contestait avoir apposé sa signature sur le document original (trib. trav. Charleroi, 13 novembre 1995, *Chron. D.S.*, 1997, p. 247).

379. Cass., 10 mars 1976, *J.T.T.*, 1976, p. 290.

380. C. trav. Liège, 3 mars 1978, *J.L.*, 1977, p. 234.

apporter la preuve qu'un montant plus élevé lui est dû conformément aux règles de preuve du Code civil, à savoir par un écrit ou un commencement de preuve par écrit étant donné qu'il doit prouver outre le contenu d'un acte³⁸¹.

De même, dans le cadre de l'application du principe général selon lequel « les renonciations ne se présument pas », les juridictions du travail ont tendance à considérer avec rigueur un certain nombre de mentions (« pour accord », ...) apposées par le travailleur sur certains documents³⁸².

3. La preuve testimoniale

116. Le seul témoignage est celui qui est administré dans le cadre de l'enquête telle qu'elle est organisée par les articles 915 et 961 du Code judiciaire³⁸³. Les attestations ou dépositions consignées dans un document reçoivent un traitement distinct.

a) Le rôle du juge

117. Lorsque la loi n'interdit pas d'apporter la preuve par témoin, le juge apprécie souverainement l'opportunité d'une enquête. Il décide souverainement³⁸⁴ si la preuve peut être rapportée utilement par ce biais, pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit de principe de rapporter la preuve par témoin³⁸⁵. Ainsi l'arrêt qui refuse la preuve par témoin de l'existence d'une enquête préalable au licenciement viole le droit de rapporter la preuve par témoin³⁸⁶.

118. Par ailleurs, le juge peut ordonner d'office des enquêtes sur la base de l'article 916 du Code judiciaire qui lui confère le droit d'ordonner d'office une mesure d'instruction. Par exemple, dans le cadre de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, le juge apprécie souverainement la valeur probante des éléments produits et peut ordonner de plein droit ou à la demande d'une des parties, des mesures d'instruction³⁸⁷.

381. C. trav. Liège, 12 mars 1981, *R.R.D.*, 1981, p. 273.

382. À ce sujet, voyez : S. GILSON, « Les renonciations ne se présument pas : examen en droit social de l'application d'un principe général de droit », in *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux de droit*, Anthemis, 2006, pp. 75 et 76.

383. P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, p. 189.

384. Cass., 19 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 662.

385. Cass., 18 mars 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 325 ; Cass., 5 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 25.

386. Cass., 5 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 25.

387. Cass., 4 mars 1985, *Chron. D.S.*, 1985, p. 140.

M. Jourdan³⁸⁸ rappelle que le juge peut libeller lui-même les faits sur lesquels les témoins seront appelés à déposer et qu'il a également la faculté de modifier ou de préciser les faits tels qu'articulés par la partie qui a sollicité la tenue d'une enquête³⁸⁹.

b) Les critères

119. Le témoignage ne peut porter que sur des faits matériels et non sur la nature juridique ou sur les conséquences juridiques s'attachant à un fait matériel³⁹⁰.

120. Seuls les faits précis et pertinents peuvent faire l'objet d'une enquête en application de l'article 915 du Code judiciaire. Le fait précis est celui qui permettra à l'adversaire de rapporter la preuve contraire et le fait pertinent est celui qui a un rapport avec le litige et qui, s'il est établi, pourra avoir une influence sur celui-ci³⁹¹.

Comme le souligne à juste titre M. Jourdan³⁹², « la précision exigée suppose que l'offre d'enquête repose sur un fait et non sur une appréciation subjective » ou « un caractère vague et/ou général. Et cet auteur de poursuivre, la jurisprudence exige ainsi en règle générale que le fait offert à preuve porte sur un événement objectif, à savoir un événement que le témoin est susceptible d'avoir personnellement constaté et qu'il s'agisse d'un fait concret, clairement identifié par l'employeur ». Le fait doit également être daté³⁹³.

Si les faits ne sont pas pertinents, le juge doit rejeter l'offre de preuves³⁹⁴. Par exemple, dans le cadre de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, la preuve du véritable motif du congé peut être apportée par témoin³⁹⁵ mais le juge apprécie la pertinence de cette demande. Ainsi lorsqu'il n'y a jamais eu de remarque écrite de l'employeur sur la manière dont l'ouvrier a exécuté le contrat et que les manquements ne lui sont reprochés qu'après la fin du contrat de travail, le tribunal du travail de Huy a jugé que l'offre de preuve

388. M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture » in *Guide social permanent. Commentaires droit du travail*, Kluwer, en ligne.

389. C. trav. Liège, 9 novembre 1998, R.G. n° 26 376/97, inédit ; Mons, 24 mars 1987, *Pas.*, 1987, II, p. 130 cité in M. JOURDAN, *op. cit.*

390. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 189.

391. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 400.

392. M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture » in *Guide social permanent. Commentaires droit du travail*, Kluwer, en ligne.

393. C. trav. Liège, 23 septembre 1999, R.G. n° 26 549/97, inédit ; C. trav. Liège, 11 juin 2001, R.G. n° 27 687/98, inédit.

394. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 79.

395. Trib. trav. Bruxelles, 3 mai 1984, *J. T. T.*, 1984, p. 370.

n'était pas relevante³⁹⁶. Néanmoins cette décision semble en contrariété avec le fait qu'aucune disposition légale n'impose à l'employeur un tel avertissement écrit³⁹⁷.

121. Le juge peut également rejeter une demande d'enquête :

- lorsqu'il est suffisamment éclairé ;
- lorsque les faits sont d'ores et déjà prouvés ;
- lorsque le fait ne peut pas être prouvé par enquêtes³⁹⁸ ;
- lorsque le fait est invraisemblable³⁹⁹ ;
- lorsque la preuve peut être apportée par un autre moyen à la disposition de la partie qui sollicite l'enquête⁴⁰⁰ ; ou encore,
- lorsque les faits allégués sont d'ores et déjà démentis par les éléments de la cause, notamment par des présomptions⁴⁰¹.

122. Si l'offre de preuve par témoins ne peut être rejetée au seul motif qu'elle est formulée longtemps après que les faits se soient produits, le juge peut la rejeter si cette preuve devait s'avérer difficile ou impossible⁴⁰² notamment du fait de l'écoulement du temps⁴⁰³. Ainsi, le juge peut rejeter une demande d'enquête en raison de sa tardiveté, en se fondant sur la nature des faits à prouver lorsque les témoins ne pourraient plus déposer avec toute la clarté et la précision nécessaires⁴⁰⁴. Dans le même ordre d'idée, M. Jourdan⁴⁰⁵ souligne qu'il a déjà été décidé que la tardiveté d'un grief, invoqué pour la première fois dans des conclusions d'appel, peut lui enlever toute crédibilité, de telle sorte que la tenue d'enquêtes aux fins de l'établir est refusée⁴⁰⁶. L'ancienneté des faits est donc prise en considération⁴⁰⁷ de sorte que celui qui veut faire tenir des enquêtes a intérêt à les demander au plus vite.

396. Trib. trav. Huy, 16 avril 1982, R.D.S., 1983, p. 219.

397. C. trav. Bruxelles, 14 octobre 1991, *Chron. D.S.*, 1993, p. 63, note J. C. BODSON.

398. M. Jourdan (« L'abus du droit de rupture » in *Guide social permanent. Commentaires droit du travail*, Kluwer, en ligne) relève ainsi que des difficultés économiques de l'entreprise comme motif de licenciement ne peuvent pas être établies par enquête.

399. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 400.

400. M. JOURDAN, *op. cit.*

401. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 208 ; Cass., 26 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 227.

402. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 401.

403. Trib. trav. Audenaarde, 12 septembre 1995, somm. in *www.cass.be*

404. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 209.

405. M. JOURDAN, *op. cit.*

406. C. trav. Liège, 21 juin 2001, R.G. n° 29 056/00, inédit.

407. C. trav. Liège, 23 septembre 1999, R.G. n° 26 549/97, inédit ; trib. trav. Bruxelles, 10 février 2000, R.G. n° 44 213/99, inédit ; C. trav. Bruxelles, 7 mai 2002, R.G. n° 36 115, inédit.

À notre sens, c'est réellement en termes de valeur probante des témoignages qui seraient demandés qu'il faut analyser ce problème. En effet, rien n'exige une preuve préconstituée que ce soit en matière de motif grave ou de licenciement abusif. L'employeur subira toutefois le risque de la preuve et pourra éventuellement être taxé de légèreté dans l'exercice de son droit de donner congé s'il ne s'est pas réservé la preuve utile et ce, même si rien n'exige que la preuve existe au moment de la décision. Il est vrai néanmoins que l'écoulement du temps peut décrédibiliser certaines pièces non produites ou certains témoignages anciens, ce qui pourrait amener le juge à refuser d'ordonner les enquêtes.

c) Les témoins

123. La question de la subordination dans le contrat de travail pose souvent question dans le cadre du témoignage. On sait qu'avant l'entrée en vigueur du Code judiciaire, certaines personnes ne pouvaient pas être entendues comme témoins alors que d'autres pouvaient être écartées parce que, par exemple, elles étaient au service d'une des parties. Le Code judiciaire a supprimé ces incapacités de témoigner sauf en ce qui concerne les descendants qui ne peuvent être entendus dans les causes où leurs ascendants ont des intérêts opposés. Il est admis que le juge apprécie souverainement la force probante des dépositions qui sont produites devant lui. M. Jourdan relève à juste titre que « l'article 937, 4°, du Code judiciaire dispose d'ailleurs que dans le cadre de l'enquête, le juge interpelle soit d'office, soit à la demande d'une des parties, le témoin notamment sur des faits qui sont de nature à influencer sa déposition. Parmi ceux-ci figurent le contrat de travail liant le témoin à une des parties ainsi que sa position de supériorité ou d'infériorité hiérarchique vis-à-vis d'elle ». Il a déjà été jugé qu'un rapport rédigé par un témoin ne pouvait être rejeté pour la seule et unique raison que ce témoin était membre du personnel de l'employé et supérieur hiérarchique du travailleur⁴⁰⁸. De même, la preuve du fait qu'un congé a été donné peut être prouvée par des témoignages émanant de membres du personnel⁴⁰⁹.

L'organe d'une personne morale ne peut pas être entendu en qualité de témoin⁴¹⁰. Seule la comparution personnelle serait envisageable.

Les relations affectives nouées entre une partie et le témoin n'empêchent pas d'entendre ce dernier sous serment mais, comme le relèvent alors certai-

408. C. trav. Mons, 8 octobre 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 18.

409. Trib. trav. Bruxelles, 30 mai 2002, *Ors*, 2004, liv. 2, p. 17, note G. HELIN.

410. Voy. réf. cit. in H. BUYSENS, *op. cit.*, 1999, p. 34, note 163.

nes juridictions, il conviendra alors d'apprécier en conséquence (*cum grano salis*, relève la cour du travail de Mons) la valeur du témoignage⁴¹¹.

Contrairement à ce qui est parfois retenu, les témoignages ne doivent pas nécessairement se rapporter à des faits dont les témoins ont eu personnellement connaissance, de sorte que les témoignages indirects demeurent possibles. La Cour de cassation a ainsi rappelé, dans son arrêt du 25 février 1980⁴¹², qu'aucun principe de droit n'écarte, en principe, l'admissibilité d'un témoignage indirect. Le juge demeure, bien évidemment, souverain pour apprécier la valeur probante de ce témoignage.

L'adage *testis unus, testis nullus* n'a par ailleurs pas cours en droit positif belge⁴¹³.

d) La valeur probante

124. Comme le relève P. Van Ommeslaghe, « quels que soient les témoins entendus, leur qualité, leur nombre, leur crédibilité, la concordance de leurs témoignages, le juge est toujours libre d'apprécier la valeur de ces témoignages et de former sa conviction comme il l'entend »⁴¹⁴.

Le juge ne peut, toutefois, violer la foi due aux déclarations, consigner des témoins, c'est-à-dire adopter une interprétation de ces déclarations qui sont inconciliables avec leurs termes⁴¹⁵. Le juge doit, par ailleurs, motiver sa décision de ne pas croire un témoin ou d'écarter son témoignage⁴¹⁶.

4. Les présomptions

a) Définition et valeur probante

125. Il faut distinguer les présomptions légales évoquées *supra*⁴¹⁷ des présomptions de l'homme. Les présomptions de l'homme peuvent être défi-

411. C. trav. Mons, 18 mai 1994, inédit, R.G. n° 9986, *www.cass.be*.

412. *Pas.*, 1980, I, p. 768 ; *R.W.*, 1980-1981, 384 ; *R.D.S.*, 1981, p. 352.

413. La cour du travail de Liège (27 novembre 1997, R.G. n° 4290/92, inédit cité par M. DUMONT et L. PELTZER, « Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, p. 232) se prononce dans ce sens en décidant que si l'adage *testis unus, testis nullus* ne fait plus partie du droit positif, il n'est pas acceptable de pouvoir prouver le bien-fondé d'un licenciement sur l'heure pour motif grave sur la base d'une enquête menée par un détective privé dès lors qu'elle n'est complétée que par l'audition en qualité de témoin de ce même détective.

414. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 151.

415. Cass., 8 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 437 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 151.

416. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 151.

417. Voy. *supra* : section 2. La charge de la preuve, B. Exceptions, 3. Présomptions légales,

nies comme « tous les indices extérieurs, les signes, les gestes, les attitudes, les actions qui peuvent être révélateurs de l'état de chose inconnu ou qui permettent de la conjecturer »⁴¹⁸. Les présomptions de l'homme n'ont aucune force probante particulière, de sorte qu'il appartient au juge d'en mesurer la portée et de faire les déductions, que selon lui, elle autorise⁴¹⁹. Si le juge du fond apprécie souverainement la valeur probante, il doit respecter la notion même de présomption en ce sens que la présomption doit partir d'un fait connu et à partir de ce fait connu, conduire à la certitude du fait inconnu et non seulement à la vraisemblance de celui-ci ou à la possibilité qu'il ait pu se produire⁴²⁰. Ainsi, un lien doit exister entre le fait connu et le fait inconnu qui puisse permettre la déduction⁴²¹.

L'article 1353 du Code civil « se borne à donner un conseil de prudence au juge mais ne lui interdit pas de se fonder sur une présomption unique »⁴²².

Le recours aux présomptions ne dispense nullement d'une preuve certaine et, partant, le juge ne les accueille comme probantes que lorsqu'elles lui apportent la certitude du fait recherché⁴²³.

b) Champ d'application

126. Dans le respect de la hiérarchie des modes de preuve, l'usage des présomptions peut être multiple.

Toute preuve qui ne répond pas aux conditions particulières fixées par la loi peut éventuellement valoir au titre de présomption :

- Il est admis qu'un rapport d'expertise, qui ne serait pas valable à défaut de serment régulier de l'expert⁴²⁴, pour avoir été établi sans que soit respecté le principe de l'expertise contradictoire⁴²⁵, puisse valoir comme présomption.

418. H. DE PAGE, 1967, III n° 718^{quater} C, p. 720.

419. Cass., 4 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 812 ; Cass., 18 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 819 ; Cass., 12 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 33.

420. Cass., 22 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 501 ; *R.W.*, 1986-1987, p. 1972 ; *R.D.S.*, 1987, p. 55.

421. Cass., 10 avril 1973, *Pas.*, 1973.

422. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 154 ; Cass., 29 septembre 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 255 ; Cass., 12 septembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 61.

423. C. trav. Liège, 24 avril 2002, R.G. n° 30725/02, *www.cass.be* ; C. trav. Mons, R.G. n° 16727, 15 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2006, liv. 5, p. 208 ; *J.T.T.*, 2005, liv. 925, p. 368, note.

424. Trib. trav. Liège, 2 mai 1975, *J.T.T.*, 1975, p. 204.

425. Cass., 26 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 424 ; Cass., 27 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 309 ; Cass., 5 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 518.

- Un rapport d'un détective privé pourrait être considéré comme une présomption⁴²⁶.
- Des attestations émanant d'un tiers n'ayant pas été recueillies dans le cadre de l'enquête ne constituent pas des témoignages, mais peuvent constituer des présomptions de l'homme⁴²⁷. Le juge ne peut se contenter de les rejeter en estimant qu'il ne s'agit pas d'une preuve par témoins⁴²⁸. Il peut, par contre, les rejeter en estimant que ces attestations ne lui paraissent pas de nature à établir le fait allégué, ces présomptions n'ayant pas de force particulière⁴²⁹.
- Les copies de documents, lorsqu'il n'y a pas lieu de douter de leur conformité à l'original peuvent servir de présomption⁴³⁰.
- Les films, comme les photos, constituent des présomptions de l'homme et leur production peut donc être utilisée pour établir des faits⁴³¹.

Le champ d'application des présomptions est important : elles sont admises dans toutes les hypothèses où la preuve testimoniale est admise sur la base de l'article 1353 du Code civil. En application de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, la preuve par témoins est donc acceptée de manière généralisée en droit du travail, sous réserves des limites analysées *supra*⁴³².

Ainsi,

- La preuve de l'existence d'un contrat de travail peut être apportée par présomptions de l'homme⁴³³.
- L'employeur peut bien évidemment apporter la preuve des motifs visés à l'article 63 par des présomptions. Comme le relève M. Jourdan⁴³⁴, « constituent des éléments convergents pour établir des manquements dans la conduite ou l'aptitude au travail un avertissement, une plainte d'un tiers, une déclaration collective confirmant la mauvaise exécution du travail, une

426. C. trav. Liège, 7 janvier 1982, *J.T.T.*, 1982, p. 177.

427. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 159.

428. Cass., 29 juin 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 967.

429. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 1957.

430. Voy. *supra* : 2. La preuve littérale, g) Les copies.

431. H. BUYSSENS, *op. cit.*, 1999, pp. 41-42 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 246 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 113 ; civ. Namur (réf.), 31 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 438 ; voyez également les décisions citées *supra* concernant la licéité de la preuve par caméra.

432. Voy. *supra* : A. Le principe civiliste de la prééminence de l'écrit et l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, 4. L'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, b) L'article 12 ne permet pas de déroger à l'article 1341, alinéa 2 du Code civil.

433. Cass., 28 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 774.

434. M. JOURDAN, *op. cit.*

attestation d'un superviseur ayant constaté des carences, par exemple le délabrement de l'atelier dont l'intéressé avait la responsabilité »⁴³⁵. M. Jamoulle estime que le déplacement de la charge de la preuve ne doit pas conduire à l'abandon du système fondé sur la vraisemblance⁴³⁶.

- Le recours aux présomptions de l'homme intervient également lorsque le travailleur invoque un motif illégitime de licenciement. L'employé a la possibilité de rapporter la preuve de l'abus de droit en rapportant la preuve « des éléments concrets à l'appui de son argumentation ou à défaut (...) rassembler un fait susceptible d'éclairer le tribunal sur la véritable intention de l'employeur »⁴³⁷. Comme le souligne M. Jourdan, « si la preuve est rapportée du fait litigieux, il n'est pas exigé que le travailleur rapporte la preuve du lien de causalité entre celui-ci et le licenciement, preuve d'ailleurs quasi impossible à fournir. Un certain lien est malgré tout exigé »⁴³⁸. M. Jourdan relève que sont notamment pris en considération au titre de présomptions de l'homme la concomitance entre une revendication ou une réclamation et le licenciement, le fait d'avoir déposé une plainte en lui-même ou encore le fait d'avoir exercé un droit, comme la participation à une grève⁴³⁹. La juridiction pourra déduire du rapprochement temporel des événements et de l'absence de preuve au sujet d'un motif admissible de licenciement que celui-ci intervient suite au motif illicite. En conséquence, à partir du moment où le travailleur invoque un motif illicite et que celui-ci est vraisemblable, l'employeur — même s'il n'a pas la charge de la preuve — sera bien avisé, dans le cadre de la collaboration à l'administration de la preuve, de démontrer l'inexactitude de ce qui est avancé par l'employé. Est-ce une preuve négative impossible ? Certainement pas, il lui suffit alors de justifier le motif réel du licenciement, selon lui.

c) Illustration : les attestations émanant de tiers

127. Rien n'interdit à une partie de produire des attestations de tiers mais elles ne constituent jamais un commencement de preuve par écrit. Il

435. C. trav. Liège 4 juin 1997, inédit, R.G. n° 23 866/95.

436. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, op. cit., p. 313.

437. V. VANNES et M. LECLERCQ, « L'abus du droit de licenciement dans le contrat de travail d'employé », in *Permanence du droit civil en droit du travail*, éd. de l'U.L.B., Centre sociologie du droit, p. 341, cité in C.-E. CLESSE, *Le licenciement abusif, études pratiques de droit social*, Kluwer, 2005, p. 171.

438. M. JOURDAN, op. cit.

439. M. JOURDAN, op. cit.

s'agit tout au plus d'une présomption de fait dont le tribunal apprécie souverainement la valeur⁴⁴⁰.

Comme M. Jourdan⁴⁴¹, nous pensons que les attestations, pour être admises, doivent être des documents « officiels » : contrats de travail avec d'autres membres du personnel, registre du personnel, bilans, compte d'exploitation, compte de résultats, documents traités par l'ONEm, déclarations à l'O.N.S.S. et les documents comptables émanant de tiers (experts-comptables, réviseurs,...), etc. À notre sens, les contrôles pesant sur ces tiers et/ou leur déontologie doivent permettre de tenir le document pour reflétant la réalité, sauf à en apporter la preuve contraire. Nous rejoignons C.-E. Clesse lorsqu'il signale que les documents comptables et financiers tenus par l'employeur peuvent servir de moyen de preuve puisqu'ils sont, *a priori*, objectifs étant entendu qu'ils servent à d'autres fins que celle du litige⁴⁴².

128. La valeur probante des attestations d'un tiers diffère selon le tiers dont elles émanent.

Si l'auteur est neutre, impartial et n'a aucun intérêt dans l'issue du litige, l'attestation peut être considérée sous réserve de preuve du mensonge et sans force probante particulière.

La déclaration d'un membre du personnel sous lien de subordination est plus délicate.

La force probante d'une attestation est laissée à l'appréciation du juge : elle ne peut être écartée par la seule considération que son auteur est le supérieur hiérarchique du travailleur⁴⁴³. Il a été jugé, à juste titre, que des attestations de travailleurs se trouvant encore dans les liens de subordination ne peuvent être écartées d'office, sous peine dans tout litige professionnel d'être privé du témoignage de ceux qui sont le plus souvent les seuls témoins directs de ce qui se passe en sein de l'entreprise.

Si on sait que la circonstance n'empêche pas, en soi, le témoignage, le juge est cependant libre de lui accorder une valeur probante plus faible. La valeur probante des attestations doit être appréciée en fonction des circonstances qui sont susceptibles d'en influencer la teneur⁴⁴⁴.

440. Trib. trav. Audenaarde, 3 avril 2001, J.T.T., 2002, p. 347.

441. M. JOURDAN, op. cit.

442. C.-E. CLESSE, op. cit., 2005, p. 181.

443. C. trav. Mons, 8 octobre 1997, J.T.T., 1998, p. 18.

444. Trib. trav. Bruxelles, 28 novembre 2002, R.G. n° 71 087/98, inédit cité in M. JOURDAN, op. cit.

Par ailleurs, les circonstances entourant ces attestations peuvent en diminuer le crédit : la tardiveté de l'attestation ⁴⁴⁵, l'imprécision, la rédaction ⁴⁴⁶. Le fait qu'elles soient sollicitées, que ce soit par l'employeur ou le travailleur, n'exerce aucune influence sur la valeur probante de l'attestation. On voit mal, en effet, comment, en pratique, il pourrait en être autrement, le travailleur n'allant pas de lui-même, dans la plupart des cas, dresser une attestation.

Un sort particulier doit être fait aux déclarations faites sous serment. Dès lors qu'il n'est pas argué qu'il s'agit de faux témoignages, elles sont censées refléter la réalité ⁴⁴⁷.

5. L'aveu ⁴⁴⁸

129. L'aveu consiste dans la reconnaissance par une partie du bien fondé des prétentions de son adversaire. Comme le relève P. Van Ommeslaghe, l'aveu ne constitue pas véritablement un mode de preuve puisque l'aveu dispense, en fait, de toute preuve de la partie qui en bénéficie ⁴⁴⁹.

L'aveu peut être exprès ou tacite, judiciaire ou extrajudiciaire.

L'aveu ne peut porter que sur des éléments de faits et non sur des points de droit ⁴⁵⁰. Il ne peut donc pas porter sur la qualification légale d'une convention car il s'agit d'une question de droit ⁴⁵¹. Il peut, par contre, porter sur l'existence d'un contrat ⁴⁵². Comme l'indique la cour du travail de Gand dans un arrêt du 20 mars 1995, « la nature juridique d'un contrat ou d'un acte ne dépend en effet pas de la qualification que les parties lui donnent mais bien de ses éléments constitutifs déterminés légalement tels qu'ils peuvent être déduits

445. Trib. trav. Bruxelles, 28 septembre 2000, R.G. n° 8346/96, inédit cité in M. JOURDAN, *op. cit.*

446. M. Jourdan relève des décisions intéressantes à cet égard :

- les attestations, quoique de dates différentes, sont rédigées dans exactement les mêmes termes, les fautes d'orthographe et de français y apparaissent et elles semblent dès lors avoir été rédigées pour les besoins de la cause (C. trav. Liège (sect. Neufchâteau), 3 mars 2004, R.G. n° 3160/98, inédit).

- peuvent être retenus comme indiquant que la déclaration est rédigée spontanément par son auteur, un mauvais style et des fautes de syntaxe et de conjugaison (!) (trib. trav. Charleroi, 19 novembre 2001, R.G. n° 152 704/A, inédit).

447. C. trav. Bruxelles, 18 déc. 2003, *Ors.*, J.L.P.V., 2004, n° 4, p. 26.

448. Voyez not. P. VAN OMMEFLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu » in *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 par la Faculté de droit de l'U.C.L., pp. 1 et s.

449. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 1960.

450. Cass., 25 mars 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 198.

451. Cass., 25 mars 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 198.

452. C. trav. Bruxelles, 30 juin 1987, *J.T.T.*, 1987, p. 407.

des pièces et faits soumis à l'appréciation du juge » ⁴⁵³. Par contre, l'accord du travailleur sur la mention contenue dans la lettre de préavis comme quoi il ne satisfaisait pas aux exigences de la fonction, démontre que le congé de l'intéressé est en rapport avec sa conduite ou ses aptitudes ⁴⁵⁴.

L'aveu ne peut jamais porter que sur des droits à propos desquels la transaction est permise ⁴⁵⁵. En toute hypothèse l'aveu ne peut donc porter sur des matières d'ordre public dont une partie ne peut disposer.

Lorsque l'écrit est exigé au titre de condition de validité, l'aveu ne peut pas le remplacer ⁴⁵⁶.

130. Les circonstances concrètes peuvent permettre de déduire un aveu tacite du comportement d'une partie ⁴⁵⁷. Il a déjà été jugé que l'accord du travailleur sur la mention contenue dans la lettre de préavis comme quoi il ne satisfaisait pas aux exigences de la fonction, démontre que le congé de l'intéressé est en rapport avec sa conduite ou ses aptitudes ⁴⁵⁸. De même, le fait pour le travailleur de rembourser son employeur sur interpellation de ce dernier qui lui reproche un détournement de 8500 BEF constituerait la reconnaissance du fait allégué comme faute grave par l'employeur ⁴⁵⁹.

131. Un aveu extrajudiciaire des faits signé par le travailleur peut être retenu comme un moyen de preuve sauf s'il est extorqué par contrainte ⁴⁶⁰. La valeur probante de l'aveu extrajudiciaire est néanmoins toujours soumise à l'appréciation du juge qui peut décider que l'aveu est insuffisant et demander la preuve par témoin ⁴⁶¹. Ainsi, la reconnaissance écrite par le travailleur de la matérialité des faits ayant entraîné son licenciement pour motif grave ne vaut que comme un aveu extrajudiciaire, dont la valeur probante est laissée à l'appréciation du juge ⁴⁶².

453. C. trav. Gand, 20 mars 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 444, note N. CHATEL, *J.T.T.*, 1996, p. 34.

454. Cass., 17 février 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 223.

455. Cass., 6 juillet 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 812 ; Cass., 26 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 673 ; *J.T.T.*, 1975, p. 249 ; *R.D.S.*, 1975, p. 223 ; Cass., 3 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 115 ; *J.T.T.*, 1989, p. 364.

456. P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 173.

457. Cass., 1^{er} mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 612 ; Cass., 13 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265.

458. Cass., 17 février 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 223.

459. C. trav. Bruxelles, 20 mars 2000, R.G. n° 031 397, inédit cité par M. DUMONT et L. PELTZER, « Chronique de jurisprudence », *op. cit.*

460. Trib. trav. Courtrai, 2 octobre 1979, *R.D.S.*, 1983, p. 454 ; trib. trav. Bruxelles, 15 octobre 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 130 ; trib. trav. Tournai, 20 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 815.

461. C. trav. Liège, 19 février 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 51 ; C. trav. Liège, 16 novembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 209 ; trib. trav. Anvers, 15 janvier 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 55.

462. C. trav. Liège, 19 février 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 51.

À notre sens, rien n'interdit de considérer qu'un aveu soit frappé d'un vice de consentement et donc nul à ce titre. Les circonstances de l'aveu doivent être analysées. Ainsi, il a été jugé que « la déposition d'un travailleur suspecté de vol dans un grand magasin qui fait suite à un long entretien avec les inspecteurs attachés à ce grand magasin, entretien auquel un délégué syndical n'a pas pu assister, ne fait pas preuve du fait reproché ; le fait que cet aveu soit confirmé sommairement devant les gendarmes qui n'ont pas eu l'occasion de s'informer de la teneur de l'entretien ne suffit pas à lui donner force probante » ⁴⁶³.

Il demeure que les conditions des vices de consentement sont restrictives. Ainsi jugé par exemple que la crainte à l'égard de l'employeur ne pourrait vicier des aveux, alors même que celui-ci aurait menacé l'intéressé de porter plainte ⁴⁶⁴. On retrouve ici les discussions traditionnelles dans l'application de la théorie des vices de consentement aux actes juridiques du travailleurs.

Comme le relève B. Paternostre, « le juge a mission de contrôler la réalité de l'aveu extrajudiciaire, en vérifiant s'il a été sérieux et volontaire et s'il n'a pas été entaché de procédés illicites, ainsi que d'en apprécier la force probante au vu des éléments de la cause. En l'espèce, la travailleuse soutient que la déclaration lui a été arrachée sous la pression et est affectée de plusieurs irrégularités alors que l'employeur estime que les droits de celle-ci ont été respectés. Compte tenu des affirmations contraires des parties, la déclaration litigieuse ne peut se voir reconnaître aucune force probante » ⁴⁶⁵.

Le sort des aveux obtenus grâce à des informations récoltées irrégulièrement a été traité *supra* ⁴⁶⁶.

6. Le serment

132. Il est inutile de souligner la rareté de l'utilisation du serment. Notons qu'il n'est pas possible d'imposer au travailleur le serment judiciaire à propos du motif du congé car cela violerait l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 qui inverse la charge de la preuve ⁴⁶⁷.

463. C. trav. Liège, 16 novembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 289.

464. C. trav. Bruxelles, 9 septembre 1992, *Bull. F.E.B.*, 1993, p. 71.

465. B. PATERNOSTRE, *op.cit.*

466. Voy. *supra* : section 5. Licéité de la collecte de la preuve, A. Principes, 2. Sanctions, c) Sort des aveux obtenus suite à la confrontation avec une preuve recueillie de manière illicite.

467. C. trav. Liège, 5 mai 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 86.

Conclusions

133. D. Mougenot relève que « le Code civil, en rupture nette avec l'ancien droit, a adopté un code de règles très consensualiste et limite au minimum le formalisme ad validitatem. Il a, néanmoins, établi un formalisme probatoire (...) ». On constate que le droit du travail, qui n'a pas négligé le droit de la preuve, s'est néanmoins développé dans une autre direction tout en poursuivant un but identique : protéger les parties les plus faibles et, plus précisément pour le droit du travail, l'employé.

134. En ce qui concerne la charge de la preuve, le législateur a eu recours à toute une série d'outils – renversement, partage de la charge de la preuve ou encore présomptions légales – pour s'assurer que la partie la mieux placée pour rapporter la preuve soit contrainte, à tout le moins, de participer à son établissement.

En ce qui concerne les modes de preuve, le droit du travail a notamment révélé une certaine ambivalence à l'égard de l'écrit, dont la primauté est consacrée par le droit civil : tantôt écarté et tantôt ensuite exigé du fait de la création par des dispositions impératives d'un certain formalisme qui relève d'un mécanisme distinct du droit de la preuve (le formalisme touche à l'existence même de l'acte) mais qui ne lui est néanmoins pas totalement étranger (les autres modes de preuve que l'écrit s'en trouvent, en effet, écartés). Le droit social consacre par ailleurs un assouplissement de la preuve dans l'article 12 de la loi sur le contrat de travail.

Enfin, le législateur et les partenaires sociaux ont créé toute une série de normes spécifiques au droit du travail visant à ce que l'employeur doive respecter le droit à la vie privée du travailleur dans la récolte de ses moyens de preuve.

135. G. Demez, invité à dissenter sur un sujet similaire il y a vingt ans – quoique plus large puisqu'il visait également la preuve de la sécurité sociale ⁴⁶⁸ – concluait sa contribution dans les termes suivants que nous lui empruntons tant ils conservent toute leur pertinence : « L'inégalité foncière des parties en présence, travailleur/employeur, ayant droit aux régimes sociaux et le caractère d'ordre public ou impératif en terme de droit social requièrent des aménagements en règle du droit commun de la preuve.

Ceux-ci vont d'un formalisme écartant l'application de toutes les règles de preuve, l'écrit constituant une condition de l'existence de l'acte à l'aménagement de l'administration de la preuve (preuve par toutes voies de droit,

468. G. DEMEZ, *op. cit.*, p. 53.

présomption réfragable ou irréfragable, aveu extrajudiciaire) en passant par le renversement de la charge de la preuve.

De manière implicite, mais non moins réelle, des règles de preuve en droit social tentent de concilier des luttes d'intérêt en rapport avec l'application et la non-application de la réglementation et des exigences contradictoires relevant les unes de l'autonomie de la volonté, les autres de la nature impérative ou d'ordre public de la législation ».